Digitized by Google

BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
RACCOLTA
VILLAROSA
E
10/6
NAPOLI

Digitized by Google

Raccolta Vill.
E. 10

Digitized by Google

HUGONIS
DONELLI
OPERA OMNIA.

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
ET
ANTECESSORIS
OPERA OMNIA.

Tomus Sextus

In quo continentur libri Commentariorum de Iure Civili quatuor, & varia eius Opera minora.

CVM NOTIS

OSUALDI HILLIGERI.

Accedunt Summaria, & Caſtigationes Theologicæ.

LUCÆ MDCCLXIV.

Typis JOANNIS RICCOMINI.

CENSORVM PERMISSV.

Digitized by Google

Digitized by Google

LECTORI BENEVOLO

IOANNES RICCOMINI

S. P. D.

DOnellus morte præreptus fuit, nondum abſolutis Commentariis de Iure civili. *Moriens autem ſcripta ſua commendavit Scipioni Gentili I. C. cui poſtremam huius Operis partem debemus, qua* Liber XXIII. *& ſequentes continentur. Quid in hac parte Gentilis præſtiterit, ipſe narrat in Epiſtola ad Chriſtophorum Firx, quam volumini præmiſit*. Præterquam quod, *inquit*, hoc opus magnam partem a me in lucem productum eſt, refectum etiam, ac perpolitum non paucis in locis, tum certe hæc poſtrema pars non illum fere magis auctorem agnoſcit, quam me. Chartæ erant disiectæ, mutilæ, plurimiſque locis inculcatæ, ad hoc ab aqua peſſime acceptæ, prope ut literarum aſpectus aciem oculorum fugeret. Ita factum eſt, ut & in legendo, & in deſcribendo, & in componendo magnæ moleſtiæ exorbendæ mihi fuerint. Quæ deeſſe, & latere in lacuna vidi, quæ multa erant, ſupplevi, ut potui: adieci etiam, atque adſui ex ipſius Donelli Operibus editis Titulos unum, & alterum, quod ita res, & inſtitutum Auctoris, adſcriptioque poſtulabat. Effeci denique, ut hoc Commentariorum corpus, ſi non perfectis, atque elegantibus, attamen partibus ſuis conſtaret . . . . . . Scio, videri poſſe, hæc ab illo (*Donello*) paulo aliter & numero Librorum, & ordine diſtincta eſſe, quam nos edidimus: ſed mutavit, ac retexuit ipſemet multa poſtea, ut demonſtrari liquido poteſt ex chirographis eius Libris. *Vellem, apertius expoſuiſſet, quid ex aliis Donelli Operibus in id volumen tranſtulerit. Is enim, ut lacunas expleret, integros Donelli Tractatus, integra Commentaria ad complures Titulos Digeſtorum, & Codicis in eas coniecit. Nam Librum XXIV. ſupplevit adiecto poſt* Cap. VIII. *Tra-*

ctatu de Iureiurando, *quem Tractatum Donellus ipſe in Plantiniana editione* Commentariorum ad Digeſta *anni MDLXXXII. poſuerat loco Commentarii ad Titulum Digeſtorum* de Iureiurando. *Librum XXV. compoſuit congeſtis Commentariis Donelli ad Tit. Cod.* de Probationibus, *ad Tit. Cod.* de Teſtibus, *ad Tit. Cod.* de Fide inſtrumentorum, & *ad Tit. Cod.* Plus valere quod agitur, quam quod ſimulate concipitur. *Libro XXVI. adiecit loco appendicis Commentarium ad Iuſtiniani Imp. Conſtitutionem* L. unic. C. de ſentent. quæ pro eo, quod inter. prof. *Liber XXVII. conſtat unico, licet prolixo, Commentario ad Tit. Digeſtor.* de re iudicata. *Libri XVIII. Caput I. occupat Commentarius ad Tit. Digeſt.* de confeſſis. *Ego vero in hac mea editione iſtas interpretationes, lucubrationes iſtas Donelli, quæ, ut ita dicam, in conducto habitabant, ad proprias ſedes revocavi, atque ſuis quaſque locis collocavi in commentariis ad Digeſta, & Codicem Iuſtiniani. Quod eo monendum cenſui, ut ne quis forte meam hanc editionem ſuſpicetur mancam eſſe, & imperfectam. Sexti huius Voluminis partem, quæ vacua remanebat, replevi illatis in hunc locum minoribus Donelli Operibus, quorum ſeriem proxima tabella, ſive Index Volumini præfixus exhibet. Conſilium, inſtitutumque meum æqui, bonique facias. Vale.*

HUGO-

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI

COMMENTARIORUM

DE IURE CIVILI

Liber XXIII. XXIV. XXVI. XXVIII.

Commentarius ad Tit. de Actionibus. Col. 514.

Tractatus de pignoribus, & Hypothecis. 855.

------------ *De Iudiciis diviſoriis.* 966.

Conſilium Academiæ Altorphinæ nomine ſcriptum de iure paſcendi & aliis iuribus. 1036.

Reſponſum ad Ampliſs. DD. Conſules Senatumque Norimbergenſem de Quæſtione ab illis propoſita. 1062.

Epiſtola Alberici Gentilis ad Hugonem Donellum. 1070.

---------- *Hugonis Donelli ad Albericum Gentilem.* 1074.

ELEN-

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in his Libris pertractantur.

Lib. XXIII.

Cap. I. *De forma & ordine iudicii exercendi: quæ huius ordinis, & in hoc ordine iudicii partes.* 2.

II. *De in ius vocatione: An ſemper neceſſaria ſit ad iudicii conſtitutionem: quid ſit: tum qualem eam eſſe oporteat, ut vocato veniendi neceſſitatem afferat.* 10

III. *Ei qui in ius vocatus eſt actionem edi oportere. Hac edita tempus illi eſſe ad deliberandum, utrum cedat an contendat, & quod tempus.* 42.

IV. *Quid ſit edere actionem.* 48.

V. *An actionem ſemel editam emendare, & mutare liceat, & quandiu.* 66.

VI. *De inſtrumentorum, & rationum editione, quæ ab actore exigatur.* 76.

VII. *Quarum rerum editio a reo exigatur.* 84.

VIII. *De publicis actis ſeu inſtrumentis edendis.* 94.

IX. *Eum qui in ius vocatus eſſet & cui edita eſſet actio, neceſſe habuiſſe iure Romano aut cavere iudicio ſiſtendi cauſſa, aut in ius venire. Qualis ea cautio fuerit; & quam vim habeat.* 96.

X. *Ei qui in ius vocatus non venit, mulctam a magiſtratu poſſe irrogari.* 116.

XI. *Quæ ſit pœna adverſus omnes qui ſui poteſtatem non faciunt, neque defenduntur: & qui ſint in hac cauſſa. Tum ad titulum,* quibus ex cauſſis in poſſeſſionem eatur. 120.

XII. *Ei qui in poſſeſſionem bonorum miſſus eſt, vim fieri non debere. Quid ſit hic poſſeſſio; quid creditores hanc nacti conſequantur. Ad titulum,* de rebus authoritate iudicis poſſidendis. 136.

XIII. *Quorum bona ex edicto diſtrahi poſſint, & quando.* 142.

XIV. *Quæ ſint, quæ quærantur bonorum auctione conſtituta.* 150.

XV. *De privilegiis creditorum in bonis, quæ diſtrahuntur; & ad hunc* Titulum Dig. 152.

XVI. *De ſeparatione bonorum, quæ diſtrahi oportet ex edicto, ad hunc* Titulum Dig. 162.

XVII. *De curatore bonis dando, & ad hunc* Titulum Dig. 170.

XVIII. *De his quæ in fraudem creditorum alienata ſunt, ut reſtituantur. Et ad* Tit. hunc D. 174.

Lib. XXIV.

Cap. I. *De litis conteſtatione. Poſt hanc quod ſit officium iudicis: tum quæ litigatoribus agenda ſint.* 192.

II. *Quæ defenſiones initio conteſtandæ ſint, ut deinceps iis in iudicio uti poſſimus. Quæ conteſtandæ ſint, has exceptiones dici. Inde de exceptionibus. Quid ſit exceptio, & unde nomen exceptionis; hanc eandem dici præſcriptionem, & cur, quid ſit actionem perimi ipſo iure & per exceptionem. Quid ſit exceptionem ineſſe bonæ fidei iudiciis. Quid ſit in pactis factum verſari. Item de replicatione duplicatione & ſimilibus.* 200.

III. *Lite conteſtata, & iudicio conſtituto quæ ſint partes iudicis, & de iureiurando, quod propter calumniam exigitur, ad* Tit. C. de iur. prop. cal. dando. 212.

IV. *Lite pendente nihil innovandum, inde prohibitam ſequeſtrationem pecuniæ, & ad* L. un. C. de prohib. ſeq. pec. 226.

V. *De cauſſæ cognitione, quid ſit cauſſam cognoſcere, quæ plena, quæ ſummaria cognitio.* 234.

VI. *De dilationibus, & ad hunc* Tit. D. & C. 242.

VII. *De feriis.* 254.

VIII. *De iureiurando, & cur hoc loco.* 266.

Digitized by Google

Lib. XXVI.

Cap. I. *Iudicandi munus eſſe publicum, ſic tamen ut iuſtis de cauſſis iudex a iudicando excuſetur, & quæ ſint hæ cauſſæ. Cogi etiam iudicem poſſe ut quam primum iudicet. Et de tempore legitimo intra quod iudicium exerceri debeat. ad* L. properandum. C. de iud. 278.

II. *Iudicare quid ſit, iudicem in iudicando id ſervare debere, quod ius & leges iubent, ac quid fiat, ſi ius ſcriptum videbitur pugnare cum æquitate, quid ſit ius, quid æquitas ad* L. placuit. C. de iud. 290.

III. *Quid leges velint iudicem in ſententia obſervare: quod damnandus ſit, aut abſolvendus reus cum de re, tum de ſumptibus & impenſis litis.* 306.

IV. *Reum de eo abſolvendum, aut in id condemnandum eſſe, quod in iudicium deductum eſt, non in aliud: & quid videatur in iudicium veniſſe.* 314.

V. *Quibuſdam in cauſſis receptum eſſe, ut condemnatio fiat, aut in æſtimationem ſpeciei petitæ, aut in id, quod intereſt: & quibus.* 324.

VI. *De in litem iurando. Quid ſit in litem iurare. Huius iuriſiurandi quæ ſpecies.* 336.

VII. *Cui iusiurandum in litem deferri poſſit, aut non poſſit.* 340.

VIII. *Quibus in actionibus iusiurandum in litem actori deferatur.* 346.

IX. *Adverſus quem, & quamobrem hoc iusiurandum deferatur. Item quibus de rebus.* 354.

X. *De poſteriori genere iuriſiurandi in litem, quod vulgo* veritatis *appellant.* 362.

XI. *Quæ ſit vis iuriſiurandi in litem, quibus conditionibus id ſervandum. De periurio.* 370.

XII. *De neceſſitate iuriſiurandi in litem ſuſcipiendi.* 382.

Lib. XXVIII.

Cap. I. *De confeſſis. Et ad hunc* Titulum Dig. 394.

II. *Quæ ſint remedia adverſus eum, qui ſecus, quam oportet, iudicavit.* ibid.

III. *Quo ritu, quibuſque ſolemnibus obſervatis ſententia ferenda ſit.* 398.

IV. *Cur prodita ſit appellatio: quid ſit: & quibus capitibus contineatur quæſtio de appellationibus.* 406.

V. *Quas ad res reſcindendas proſit & ſit neceſſaria appellatio.* 407.

VI. *Iuſtas eſſe cauſſas, cur non recipiatur appellatio, & quæ ſint. In quo hæc explicantur: qui appellare non poſſint: a quibus non appelletur: quibus in cauſſis liceat appellare: a qua ſententia: quoties: tum intra quæ tempora appellandum ſit. Et quomodo. Poſtremo cuius ſit recipere aut repudiare appellationem: & quid ſi appellator de non recepta queratur.* 410.

VII. *Appellationem ſic recte introduci, ſi ad eum iudicem, quem appellari convenit, inducatur iis ſolemnibus adhibitis, quæ ius præſcribit, & intra tempora ad eam rem conſtituta. Inde tractatum, quis a quo appellandus ſit, quæ ſint hic ſolemnia: quid apoſtoli, quid relatio, quid refutatoriæ preces, quid conſultatio, quæ tempora legitima, & qui ſint, qui dicuntur in hoc genere fatales dies, quid ſit reparatio appellationis.* 434.

VIII. *De vi & effectu appellationis ad ſuum iudicem inductæ. Hac inducta appellatorem cauſſas appellationis reddere debere. In his reddendis quid allegare ad defenſionem poſſit, & quibus uti probationibus. Cuius ſit reddere cauſſas appellationis; & intra quæ tempora reddi poſſint.* 456.

IX. *Quod ſit officium iudicis in cauſſa appellationis, & quæ ſint huic iudicio cum priore communia, quæ huius propria.* 464.

X. *Ad* Tit. de receptis arbitris D & C. *Ac primum quæ ſit arbitrii utilitas: tum quibus rebus continea-*

tineatur vis & auctoritas arbitrorum: Arbitria etiam compromiſſa dici, & cur. 472.

XI. *Qui arbitrium recipit, eum cogi ſententiam dicere. Quis cogat: quæ ratio cogendi. Iuſtas tamen eſſe cauſſas, propter quas interdum quis non cogatur, & eæ quæ ſint: tum de pœna compromiſſa.* 486.

XII. *Quando ſententia ab arbitro dicta videatur.* 492.

XIII. *De executione rei ab arbitro iudicatæ, & præcipue circa pœnæ perſecutionem, quis videatur contra ſententiam feciſſe.* 494.

XIV. *Ad* L. 1. D. de recept. Qui arb. recep. ut ſent. dic. 498.

ELEN-

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in tractatu de Pignoribus continentur.

CAP. I. *Quare pignus inventum: Edicti ſumma de pignoribus.* 856.

II. *Quid ſit pignus, ſive hypotheca.* 860.

III. *Quomodo pignus conſtituatur, & quæ pignorum genera.* 864.

IV. *Quibus in cauſſis pignus tacite contrahatur.* 866.

V. *De prætorio pignore, & quibus in cauſſis pignus a magiſtratu conſtituatur.* 882.

VI. *De pignore conventionali, & de conventione quæ in eo contrahendo neceſſaria eſt.* 884.

VII. *Quæ res a quibus obligari poſſint.* 894.

VIII. *An in omnibus rebus, quæ in bonis ſunt, pignoris obligatio conſiſtat.* 906.

IX. *De iure creditoris in pignore, & de actione hypothecaria ſeu Serviana,* 914.

X. *De diſtractione pignorum.* 918.

XI. *De iure dominii impetrando, & pactis pignorum.* 930.

XII. *Qui potiores in pignore habeantur.* 934.

XIII. *De iure poſteriorum creditorum.* 946.

XIV. *Quibus modis pignus, vel hypotheca ſolvitur.* 952.

ELEN-

ELENCHUS CAPITUM,

Quæ in tractatu de iudiciis diviſoriis pertractantur.

CAP. I. *Quæ communes res tamquam proprias obtinendi ratio.* 966.

II. *De indiciio familiæ erciſcundæ, & quæ in eo quærenda ſunt.* 968.

III. *Ubi recte hoc iudicio agatur.* Ibid.

IV. *Qua de re agi oportet.* 972.

V. *Quo tempore recte agatur.* 974.

VI. *Quæ res in hoc iudicium veniunt ad diviſionem.* 976.

VII. *Peculia filiorumfamilias utrum in communionem hoc iudicio veniant.* 978.

VIII. *De donatione a patre in filium quem in poteſtate habet; ecquid in hoc iudicium veniat, ſeu quod idem valet, utrum morte patris confirmetur.* 980.

IX. *Vocari in hoc iudicium etiam quod hereditarium non sit, si eiuſmodi sit, ut iure conferri oporteat: & de collatione.* 986.

X. *Non venire in divisionem quod commune non sit, quamvis sit hereditarium &c.* 992.

XI. *Quædam quamvis hereditaria, & communia in huius iudicii divisionem non venire.* 994.

XII. *De perſonalibus huius iudicii præſtationibus.* 998.

XIII. *Quæ partes iudicis in hac actione.* 1006.

XIV. *Quid heredes condemnatione & adiudicatione conſequantur, & ad* L. ſi pignori 29 D. eod. *item ad* L. filium C. fam. erciſc. 1016.

HUGO-

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI LIBER VICESIMUS TERTIUS.

CAPUT I.

De forma & ordine iudicii exercendi: quæ huius ordinis, & in hoc ordine quæ Iudicii partes.

Nexus rerum & methodus. I.
Quis ordo & forma iudicii. II.
Iudicium civile duplex; quid utrumque, & qui nuncupetur. III.
Iudicium primum *quod vocant quatuor conſtare partibus; quæ illæ*. IV.
Harum optime conſtitutus ordo. V.
Item numerus optime conſtat. Hoc plenius explicatur. VI.
Tranſitio atque aditus ad cap. ſeq. VII.

I ERgo huc uſque expoſitæ ſunt nobis duæ partes ex illis quatuor quibus iudicium conſtare initio diximus: Perſonæ ad iudicii conſtitutionem pertinentes, & res quæ in iudicium deducuntur, ab actore actiones, a reo exceptiones & defenſiones omnes. Quarum partium in priore licet agnoſcere cauſſam iudicii efficientem, in altera materiam, in qua iudicium civile omne verſatur, & de qua iudicium eſt. Sequitur iudicii forma atque ordo, pars iudicii tertia, quam ſupra in hoc numero propoſuimus. De qua vel hoc nomine maxime hoc loco cognoſcendum eſt, quod in ea iudicii exercitio continetur, quam poſt illa duo ſuperiora neceſſario ſubiici oportet. Nam, qui cognovit ad rectam iudicii futuri inſtitutionem in perſonis quis, cum quo, apud quem recte agat; in rebus quid petere, quid ab adverſario metuere, & adverſus quas defenſiones ſe præmunire debeat: huic ſi agere velle perſeverabit ne fruſtra ſuperiora cognorit, & fruſtra ad ea ſe inſtruxerit, nihil aliud ſupereſt, niſi ut cogitationem de iudicio inſtituendo ad rem conferat, iure agere aggrediatur, rem iudicio & certationi iudiciariæ committat.

II. In quo eſt illa exercitio iudicii, quam dixi. Hæc certatio, & exercitio ſi poſita eſſet in cuiuſque actoris, aut rei, aut iudicis libidine qui de ea re ſtatuere poſſent, ut vellent, non eſſet cur laboraremus: rem potius uti debuit eorum arbitrio & voluntati permitteremus. Nunc autem in hac contentione certa forma & certus ordo iudicii exercendi conſtitutus eſt. Sic enim hæc nominantur *L. 4. C. de ſententiis & interl. L. 1. C. de exec. rei iudic.* ita conſtituta ut pervertere non liceat, quin quicquid adverſus ea invitis litigatoribus aut uno ex his actum decretum fuerit, [1] irritum habeatur. *L. 4. L. 5. L 6.*

[1]) Quo de fuſe poſt alios Vant. *de Nullit. ex defect. proceſſus*. Et hoc perpetuum quoad quatuor has partes, quas Donellus hic recenſet, ſeu in Ordine ſubſtantiali, etiam quoad litis conteſtationem, ſi vere & ex iure ea accipitur, quo de ſuo loco. Cæterum Ordo duplex ſtatuitur: Subſtantialis qui omiſſus ſemper vitiat. Et non ſubſtantialis, quo omiſſo ſuſtineri poteſt iudicium, qui accidentarius & voluntarius dici poteſt, quandoque requiritur, quandoque non, P. Gregor. 48. *Sync.* 1. *n.* 3. add. *h. Cap. N.* 4.

5. *L. 6. C. de ſent. & interl. d. L. 1. C. de exec. rei iud* Hæc forma eſt atque ordo de quo nunc quærimus. Utrumque ita eſt, ut eſt iudicium quo agitur.

III. Iudicium civile [2] duplex eſt: Unum primum: alterum iudicium adpellationis. Primum, quod primum inſtituitur inter aliquos de re aliqua. Iudicium adpellationis cum re priore iudicio iudicata ab ea ſententia adpellatum eſt, ac de eadem re ex adpellatione cognoſcitur.

IV. Primum iudicium, uti nunc primum inſtituitur, ita ordinem ſuum quendam proprium ei initio convenientem habet. In quo ſi paulo latius totius actionis iudiciariæ fines omnes complecti volumus, eius ordinis partes [3] ſunt quatuor, totidem iudicii partes quatenus in eo ordinem & formam iudicii exercendi ſpectamus. Partes ut numero certæ, ita certo ordine inter ſe ita progredientes, ut quædam præcedant, aliæ neceſſario quodam naturæ ductu ſequantur, nec niſi perverſa natura rerum hic ordo converti poſſit. Prima eſt in ius vocatio, a qua initium omnium actionum inſtituendarum proficiſci traditur in §. *ult. Inſt. de pœn. tem. lit.* Quam ita accipi volo, ut intelligatur vocatio iuſta: proinde coniuncta cum editione actionis de quo poſtea ſuo loco. Secunda eſt litis conteſtatio, de qua in *L. un. C. de litis conteſt.* tertia cauſſæ diſceptatio & cognitio: de qua præcipitur in *L. iudicis, C. de iudiciis*, indicatur in *L. de qua re*, in pr. *D. de iudic. L. 1. C. de exec. rei iudic. L. 1. D. de re iudic.* In his partibus tria hæc animadvertenda ſunt; Numerus partium, quem dixi, earum partium ordo, tum ſingularum forma & lex iure cuique attributa. De forma dicetur in tractatione ſingularum partium.

V. De numero & ordine ſuperiore ante paucis conſtituendum eſt, quia ad partitionem ipſam propoſitam conſtituendam pertinet. Et ſi iudicii actioniſve iudiciariæ eæ partes ſint quas dixi, de ordine earum dubitari non debet. Se enim ipſe per ſe ſatis oſtendit: quem apparet non tam voluntate iura conſtituentium, quam [4] naturæ ipſius certa lege atque auctoritate conſtare. Nam ſi quis cum quo apud iudices agere vult de re aliqua, & cum eo litem inſtituere, primum eſt in eo ut adverſarius ad iudices veniat qui, reſpondeat agenti, & ſe paratum contendere declaret. Non veniet autem adverſarius in ius niſi vocatus, & rite vocatus. Neque adeo aliter vocanti parere cogitur. Primum igitur hoc omnino in hac inſtitutione actionis ut adverſarius in ius vocetur cum quo qui agit congrediatur. Proximum eſt, ut cum adverſarius venerit quo vocabatur, ſi de iudice conveniet, tum conſtituatur apud iudicem, qua de re agatur, de qua poſtea cognoſci & ſtatui poſſit a iudice. Conſtituitur autem iam cognita intentione actoris & rei ex adverſo reſponſione, puta, aut inficiatione aut exceptione. In qua narratione, & contentione facti ineſt conteſtatio litis. *L. 1. C. de litis conteſtat.* Secunda igitur naturæ ordine hæc conteſtatio. Lite conteſtata ſequitur deinceps cognitio iudicis poſita in eo, ut diſceptationem utriuſque partis audiat, quæ adferuntur ad probationem ab utraque, cognoſcat, & æſtimet: atque hoc modo ad ſententiam ferendam ſe paret. Neque enim ſtatim quiſquam, unde petitur, condemnandus aut abſolvendus eſt: ſed tum, cum ita iure faciendum eſſe, ex iis, quæ acta & probata ſunt, iudex cognoverit: ut præcipitur in *L. negantes, C. de oblig. & act.* Ita tertia pars eſt

2) Vel potius eiuſdem iudicii inſtantiæ duæ, de quo vid. omnino Weſenb. *ad Rub. Cod. de iudic. n. 46. & ſeqq.*

3) Petr. Gregor. *d. Cap. 1. n. 5. & 2 ſeqq.* Tria iudicii capita (1) habet præludia litis, quibus leves fiunt velitationes, (2) dirigitur ad principale negocium ſtatu cauſſæ conſtituto, a lite conteſtata uſque ad ſententiam, (3) partes iudicis continet, poſtquam in cauſſa concluſum eſt. Et ita etiam Scaccia 1. *de iudic.* 4. Ventura de Valentia *Parthenii litigioſi Lib. 2 Cap 13. n. 1.* Ioan. de Arnono *Practica Cap. 8. & ſeqq.* Maranta *Speculi Parte 6. Tit. 1.* tres partes conſtituit, quas ſingulas in ſua membra diſpertitur. Nec in effectu longe diſcrepant variæ aliorum partitiones, uti nec illa Vulteii 2. *Iuris pr.* 26.

4) Damhuder *Praxi civ. Cap. 21. n. 3* Quæ ea iure, ait, naturæ dicuntur membra hæc ſunt: Citatio, Libelli oblatio, litis conteſtatio, probatio & ſententia, iudicii ſubſtantialia & eſſentialia, ſine quibus nullum, ordinarium (adde immo nec extraordinarium aut ſummarium, nam quæ in his petitio dicitur vice eſſe libelli, qui actus loco litis conteſtationis, vere eſt libellus &c. quoad ius naturæ) formari poteſt. Ex iure autem civili innumera &c. Et in ſubſtantialibus iuris civilis, non autem iuris naturæ obtinere quod dicitur Principem ordinem iudiciarium ſervare non teneri, Lanc. Conrad. *templo om. iudic. Lib. 1. C. 3. §. 3. v. iudicare ſecund. conſcient. n. 7.* Item nullitates proceſſus in Curia Imperii ſuprema non admodum attendi, ſi de meritis cauſſæ liqueat, Meickner. & ab eo allegati *Tomo 3. Deciſ. 18 n. 1. & Deciſ. 19. n. 2. Tomo 4. Deciſ. 22. n. 4.* Nam in ſupremis Curiis non tam omnia ſcrupuloſe exiguntur, vel ad amuſſim ſervantur, Weſenb. *Conſ. 59. n. 23.* Et quod iure Hiſpanorum regio ſolemnium defectus non vitiet iudicium tradit Parlad. 2. *Rer. Quotid. 10. n. 1.* An Proceſſus nullus partium conſenſu ſuſtineatur, & quibus ſolemnibus ab iiſdem renunciari poſſit, (ut quæ principaliter eorum favorem concernunt) quibus non item, quæ ius & utilitatem publicam primario reſpiciunt) vid Maranta *P. 2. n 39. & ſeqq.* Guid. Papæ *Q.* 216. Cravett. *de Antiq. temp. P. 2 §. 1. n. 14. & 26.* Aſin. *de Execut. §. 5. Cap. 54* Peregrin. Iaunin. *de Citat. reali Lib. 2. Cap. 1. n 62.* Quomodo pro ſolemnitatibus iudicii præſumptio ſit, & ut ea ex longo tempore inducatur, Cravetta *d. Tr. P. 2 & 3* paſſim Aſin. *d. §. 5. Cap. 10. & 20.* Cacheran. *Deciſ. 173* Menoch. 1. *Praſ. 68.* Vaſq. 2. *Ill. Contr. 63. ac ſeq.* Iac. Schult. *Q. Pract. 17. n. 31. & ſeq.* Gœd. *de Sequeſtr. Cap. 1. n. 36.* præſumi pro iudice quoad iuſtitiam iuris, non autem quoad iuſtitiam facti, nec ordinem proceſſus, per *Cap. quoniam 11. de probat. Cap. 1. de ſequeſtr. ibi: pro ſuo arbitrio &c.*

eſt ita diſtante natura, hæc ipſa cauſſæ diſceptatio, & iudicis cognitio. Re cognita, tum demum ſequitur ſententia iudicis, quæ certo iudicio finem imponit controverſiæ, reum aut condemnando aut abſolvendo. *L.* 1. *D. de re iudic. L. de qua re*, in princ. *D. de iud.* Hunc [5] ordinem eleganter expreſſerunt Imperatores in *L.* 1. *C. de exec. rei iud.* his verbis: *Nimis propere iudex pignora Marcelli capi ac diſtrahi juſſit ante rem iudicatam. Prius eſt ergo, ut ſervato ordine actionem adverſus eam dirigas, & cauſſa cognita ſententiam accipias.*

VI. De ordine ergo ſuperiore dubitari, ut dixi, non poteſt. At poteſt de numero partium, quando & has iudicii partes eſſe diximus. Inter has enim numeravimus in ius vocationem. Atqui hanc iuris authores a iudicio removere videntur, apud quos magno conſenſu iudicium a litis[6] conteſtatione incipere dicitur, a vocatione in ius nequaquam. *L. amplius, D. rem rat. hab. L. un. C. de litis conteſt.* Si incipit iudicium a litis conteſtatione, ante litis conteſtationem iudicium nullum eſt: quod ſi nullum eſt: quicquid ante inſtituetur, quanvis futuri iudicii cauſſa, id iudicii pars eſſe non poteſt. Sic enim recte argumentemur. Non poteſt quicquam ullius totius pars eſſe intelligi, ubi id totum nullum eſt: quoniam non eſt pars niſi totius pars, nec totum niſi ſuarum partium totum. Ante litis autem conteſtationem iudicium nullum eſt, neque totum, neque ceptum, poſtquam id lite demum conteſtata incipit. Quare in ius vocatio, quæ ante litis conteſtationem peragitur, & ſi quid eſt cum vocatione coniunctum, id iudicii pars eſſe non poteſt. Ut proinde ex hac ſententia vere dicturi ſimus iudicii tres eſſe tantum partes veteribus illis cognitas, litis conteſtationem, cauſſæ cognitionem, & rem iudicatam. Et fatendum eſt, ſi exacte & ſubtiliter de iudicio loqui volumus, hæc ita ſe habere ut diximus. Nec deeſt veteribus huius ſententiæ ratio. Nam proprie iudicium non eſt, niſi inter duos litigatores, inter quos eſt de re aliqua controverſia, cui finem imponi oporteat ſententia iudicis. §. 1. *Inſt. de actionib. L.* 1. *D. de re iudic.* Tales litigatores nulli, nulla talis controverſia ante litem conteſtatam. Non enim qui in ius vocatur, ſtatim litigat: qui cum vocatus erit, & actione edita de iure actoris cognoverit, fieri poteſt, ut cedat. *L.* 1. *D. de eden.* Proinde nec tum quidem proprie ullum iudicium dici poteſt incipere inter eum qui vocat in ius, & eum qui vocatus eſt. Præterea non eſt iudicium, niſi in quo ſit iudex, qui ſaltem cæperit de re controverſa cognoſcere. Nam a iudice iudicium dictum eſt. Et ſignificatur hoc quoque in *d.* §. 1. *Inſt. de act.* Iam vero non incipit quiſquam iudex cognoſcere de re, niſi cum per narrationem negocii cauſſam audire incipit a litigatoribus, ſitque id ſolum litis conteſtatione. *L. unic. C. de litis conteſtat.* Quare ne hac quidem ratione iudicium ante litem conteſtatam proprie eſſe dicatur. Sed hæc inquam ita ſunt, cum proprie & exacte iudicii verbum intelligi volumus, ut concurrant & litigatores duo, & iudex unus, qui de re cognoſcere ceperat. Nunc paulo latius iudicii partem vocamus, non id ſolum, quod in ipſo iudicio ineſt, ſed etiam quod iudicium ita antecedit, ut tamen ſit cum ipſo iudicio coniunctum, & ſine quo, non dico ad iudicii initium, ſed nec ad ſententiam pervenire poteſt. Talis eſt autem in omni actione inſtituenda in ius vocatio: quæ niſi præceſſerit non modo nullum iudicium eſſe poteſt inter præſentes, ſed nec ulla via agendi ne adverſus abſentes quidem indefenſos. Neque vero male paulo latiore ſignificatione id partem vocemus. Sic enim & veſtibulum in ædibus quanvis proprie domus pars non ſit, quia tamen domui ita coniunctum eſt, ut non niſi per hoc perveniatur ad domum, ideo etiam domus partem eſſe dicimus. Et prooemium per quod in cauſſam ingredimur, partem actionis & orationis vocamus. Id autem in vocatione in ius nunc potiſſimum facimus,

5) Totum autem iudicii ordinarii proceſſum vulgarem ſummatim paucis complectitur Rosbach. *Tit.* 21. *n.* 3. *&* *Termino. Proceſſ.* C. 2. qui eundem rhytmis Germanicis exprimit. Enimvero in pluribus longe alia nobis inſtituendi & peragendi iudicii ratio, quam quæ priſcis Romanis fuit, imo & quæ tempore Iuſtiniani, vid. Vult. 1. *Diſc.* 1. *&* 2. *Iuriſpr.* 27. Cuius ordinis veteris exegeſin brevem habet Vult. 2. *Iuriſpr.* 26 paulo latiorem Rævar. *Lib. Protribunal.* Exactiorem deſcriptionem Pullet. *Libris* 5. *Hiſtoria fori Romani*. Qui *Lib.* 4. *Cap.* 11. *p.* 371. ſcribit quod melius ageretur cum legibus, ſi veterum conſuetudinem retineremus. Sed hæc etſi non temere, aſt fruſtra dicuntur. Confer. Ventura de Valentiis *in Parthenio Litigioſo*, paſſim, cum primis *Lib.* 16. *Cap.* 15. ubi hodierni proceſſus abuſus perſtringit.

6) Et lite conteſtata accipitur iudicium, ut *infra Lib.* 24. *Cap.* 1. Ac ante eam non proprie lis ſed controverſia *L.* 25 §. 6 *de pet her.* Conteſtatione actor litem facit, iudicium dictat, reus accipit, Cuiac. 9. *Obſ.* 21. Et ita DD. vulgo a Citatione non incipere iudicium. Quod & probant per *Cap. ſuper Quæſtionum* 27. v. *litis exordium de off. deleg.* C. *gratum* 20 *eod.* ubi dicitur quaſi cœptum eſſe negocium. Ergo non vere incipit iudicium, vid. Gail. 1. *Obſ.* 74 *n.* 1. *&* 2. Caſtillo *Quotid. Contr. Cap* 29. *n.* 50. Cuiac. *d. loc.* Forcat. *Dial.* 83 Fach 11. *Contr.* 81. Vult. 1. *Diſc.* 1. *pag.* 15. Unde quæ ante litem conteſtatam fiunt, vocant iudiciorum præparatoria.

Digitized by Google

quia ad rationem docendi videtur pertinere. Hæc enim ratio poſtulat, ne quid in actione iudiciaria, cuius tractationem nunc inſtituimus, prætermittatur: quod quidem illa ad iudicium recte peragendum deſideret. Quod ita fit, ſi fines eius actionis omnes complectamur, ſi initium unde progreditur hæc actio, cum fine & exitu eius actionis coniungamus. Conſtat autem initium inſtituendarum omnium actionum ab in ius vocatione proficiſci, idque ita traditum eſt in [7] *§. ult. Inſt. de pœn. tem. litig.* Recte igitur fit & neceſſario, ut hoc initium, unde progredi oportet, in hac actione numeretur non minus, quam litis conteſtatio, & quæ ſunt reliquæ partes, quæ ad iudicium peragendum pertinent. Quod ſi numeratur, quid ni id principium totius actionis partem recte vocemus, ut ſolemus cuiuſque rei partem vocare, id quo ea res conſtat, & maxime ſi eo carere res non poteſt? Sed de eo verbo anxii eſſe non debemus. Sive in ius vocationem hac ratione iudicii partem dici placet, ſive non placet: ſolum hoc intelligi volumus, quod eſt apud Iuſtinianum in *d. §. ult. de pœn. tem litig.* Quod & nunc ad rem ipſam intelligi ſatis eſt, nimirum, *actionum inſtituendarum principium* [8] *ab ea parte edicti proficiſci, qua prætor edicit, de in ius vocando.* Sic enim ille loquitur: Id autem eſt ab in ius vocatione, ut ſit edictum continens poſitum pro in ius vocatione, de qua edicto cavetur.

VII. Sitque hoc modo huc uſque conſtituta nobis ſuperior partitio de iudiciariæ actionis, & iudicii partibus cum in numero partium, tum in earum progreſſu & ordine. Qua conſtituta, ſequitur, ut de forma & ratione ſingularum eodem ordine cognoſcamus. Ac primum ut ordo rei gerendæ poſtulat, de in ius vocatione.

CAP.

7) *Ad d. §. ult.* Reſp. Cuiac. *d. C. 21. in fin.* dici initium actionis, non iudicii. Et Forcat *Dial.* 83. *n.* 2. Non eſt, ait, pars actionis, ſed inſtituendæ actionis principium, ut præparatorium quoddam, veluti actio ad exhibendum præparatoria eſt rei vindicatio ut commodius poſtea agi poſſit, Weſenb. in *L. 1. C. de iudic. n.* 5. A Citatione initium iudicii *Clem. 2. Ut lite pend.* reſpectu Iudicis & iuriſdictionis *d. C. 20. de of. deleg.* (quia per eam lis pendens dicitur, vid. *ſupra Lib.* 17. *Cap.* 18. *n.* 3. *&* 5. *N.* 4. fuſe Lanc. *de Attent. P. 2. C 4 Præfat. n.* 28. *& ſeqq.*) reſpectu vero meritorum cauſſæ a lite conteſtata, quia ante eam mutari poteſt *L. 3. C. de ed.* Malo diſtinguere inter ſtrictiorem acceptionem iudicii quatenus olim a iure diſtinguebatur, continens ea quæ apud recuperatores & Iudices datos expediebantur. Et latiorem qua pro toto tractu litis ſumitur. Nam & olim apud magiſtratum de iure diſceptabatur, & in præparatoriis hodie velitationes fiunt. Confer. *ſupra Lib.* 17. *Cap.* 3. *N.* 1. 2. *& Cap. ſeq. N.* 9. Et ita Cagnol. *ad Rub. C. de edendo n.* 21. *& n.* 24. largo modo a Citatione incipere non ſtricte. Aliter Alc. 2. *Diſp.* 24.

8) Unde noſtri (etiam qui partem iudicii negant) vocant principium, baſin & fundamentum Ordinis iudiciarii vel proceſſus per *d. §. ult. L. 47. de re iudic. Cap. 11. de prob. C. 20. de off. deleg. & plures tex. ſimul.* quos proferunt Blarer. *ad L. diffamari C.* 6. *n.* 1. Vulc. *ad pr. Inſt. de act. n.* 56. Gail. 1. *Obſ.* 48. *n.* 1. *& Obſ.* 74. *n.* 1. Ayrer. *Proceſſ. P. 1. C. 3. Obſ.* 1. *n.* 1. Meland. *Com. Cameral. P. 2. Membr. 17. pag* 274. &c. Eſtque primus actus Iudicii. Nam libellus, quo decerni petitur Citatio, etſi prius offerendus ut *Cap. ſeq. N.* 18. non eſt actus iudiciarius, & per libellum adire licet etiam die feriato *L. 11. §. 6. de aduit.* Petr. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 1. Afin. *Praxi* § 5. *Cap.* 3. *n.* 3. Fac. *L. 15. h. tit.* Athenis quoque olim nulla actio, aut iudicium, niſi in ius vocatio præcederet, ut ex Demoſth. Ioach. Steph. *Lib. 2. de iuriſdict. Iuda. Græc. &c. Cap. 9. n.* 22.

C A P. II.

De in ius vocatione: An ſemper neceſſaria ſit ad iudicii conſtitutionem: quid ſit: tum qualem eam eſſe oporteat, ut vocato veniendi neceſſitatem afferat.

De in ius vocatione tria ordine quæri & quæ. I.
An ſit in ius vocatio neceſſaria; ad quos pertineat; quando impune poſſit omitti. II.
Abſens quomodo in ius vocari debeat. III.
Quid ſit in ius vocatio; plenior eius deſcriptio. IV.
In iuſta vocatione tria ineſſe. V.
1. Vocationis ritum: *an hic aliquis apud veteres: qualis moribus inductus & legibus comprobatus.* VI.
2. Perſonam, *quilibet in ius vocari poteſt; qui excipiantur, & quare.* VII.
3. Diem & tempus: *ad quod videlicet in iudicio ſe ſiſteret vocatus: dies olim condicebatur a partibus.* VIII.
Poſtea cœpit eſſe legitimum; & a quo tempore: tale & moribus noſtrorum temporum. IX.

I. ET quæ tria de re aliqua quæri ſolent, An ſit, quid ſit, qualis ſit: eadem in vocationem in ius incidunt, quæ expoſita huius partis naturam, & ius expediunt, ut quæratur an ſemper ad iudicii inſtitutionem neceſſaria ſit in ius vocatio. Si eſt, ut adhiberi debeat, quid ſit: tum qualem eam eſſe ius velit, ſive de ea rite adhibenda agatur, ut vocato veniendi neceſſitatem afferat, ſive quæratur de huius effectu id eſt quæ ſit, & qualis hæc neceſſitas.

II. Principio igitur de eo hoc ſtatuatur, vocationem in ius rem eſſe non ſolum quæ ſit, adhibeaturque in omni recta actionis inſtitutione, ſed etiam quam ad eam rem [1] neceſſe ſit adhiberi, atque adeo a qua principium recte agendi proficiſcatur ut diximus, idque eam vim habere, ut adverſarium, cum quo agere velimus

1) Quippe quæ fundamentum iudicii ut *C. preced. N.* 8. De hac enim proprius hic tractandi locus, cuius finis ſuſceptio iudicii & quæ prioris partis iudicii, ſive præparatoriorum, actus primus. Cum aliar Citationum uſus crebrior & latior ſit. Atque huic omnino convenit, quod in ore noſtrorum tritum eſt: Citatio reſpicit defenſionem, iuris naturalis ac divini eſt, auctoritate exemploque ipſius DEI Adamum vocantis *Gen.* 3. v. 9 inducta & comprobata. Ad quod citant *C. Deus omnipotens* 20. *Cap* 2 *Quæſt.* 1. *Cap. qualiter & quando* 24. *de accuſat. Clem. paſtoralis* 2. §. *ceterum* 8 *de re iud.* Maranta *Speculi aurei P.* 6. *Tit. de Citatione ſeu Membr.* 1. *n.* 3. Aſin. *Praxi* §. 6. *C.* 9. *n.* 2. & *C.* 13. *n.* 5. Damhuder. *Praxi civili C.* 54. *n.* 3. Veſtr. *Lib.* 3. *Practica Rom C.* 2. *n.* 7. ubi *in annot.* Gravat. *lit. D.* & *ad Lib.* 5. *Cap.* 13. *lit. D.* Covar *Pract. QQ.* 23. *n.* 6. Menoch. 1. *Arb. Q.* 17. *n.* 5. P. Greg 48. *Synt.* 2. *n.* 8. Blarer *ad L. diffamari Cap.* 6. *n.* 4. Coler. *de Proceſſ. P.* 3. *C.* 7. *n.* 2. & *Conſ* 44. *n.* 3. Gail. 1. *de Pac. publ.* 5. *n.* 5. Rulant *de Commiſſ. P.* 1. *Lib.* 1 *C.* 5. *n.* 1. & *Lib.* 5. *C.* 3. *n.* 1. Vant. *de Nullit. ex def. citat. n.* 3. & *n.* 7. aliique plures mox citandi. Tametſi diſſ. Sarmient. 2. *Select. Interpretat.* 14. *n.* 7. ſcribens hanc quæſtionem ridicule deduci ex vocatione Adami *Gen.* 3. Natura, ait, docemur ut non niſi re cognita & parte audita iudicetur. Sed quod defectus citationis inſanabilis ſit, quia contra ius naturæ, verum non eſt. Rationi enim naturali ita ſatiſfit, ſi negocium ſic geratur, ut pro rei conditione ſufficiens haberi poſſit cognitio. Quod autem Princeps & Papa hanc omittere nequeunt, id non inde quia iuris naturæ eſt, ſed quia nec quæ ſunt iuris poſitivi, ſine cauſſa auferre licet. Ita Sarmient. Quem & *Clem.* 2. §. 8. clare revincit. Nec citra hanc haberi poteſt vera notio & diſcuſſio cauſſæ, parte non præſente. Atque hinc immo eſt quod nec Princeps vel Papa hanc Citationem remittere, nec ſi ipſe iudicet eam omittere, aut ut vulgo eius defectum ſupplere queat *d.* §. *ceterum* 8. & *C.* 1. *de ca. poſſ.* & *propr. C. inter quatuor* 8. *de maior.* & *obed.* Facit *L. ult. C. Si per vim vel alio mo. L. ult. D. de natal. reſt.* poſt plures Vant. *d. loc. n.* 9. & *tit. An quel. ſent. dic. poſſ. nulla n.* 14. Curt. Iunior *Conſ.* 170. *n.* 27. & *ſeqq.* Blarer. *d. C.* 6. *n.* 3. Wurmſer. *Tit.* 6. *Obſ.* 10. Menoch. *d. Q.* 17. *n.* 6. & *Recup. poſſ Remed.* 8. *n.* 55. & *n.* 58. Veſt. *d. Cap.* 2. *n.* 7. ibique Gravat. Rosbach *Proceſſ. tit. n.* 22. 43. Aſin. *d. Cap* 13. *n.* 5. & §. 7. *C.* 5. *n.* 2 lo. Aurbach. *Sing. Alleg. Lib.* 2. *Cap.* 17. Ne quidem ſi cauſſa civilis, modo non plane levis. Lanc. Contr. *templo om. iud. Lib.* 1. *C.* 1. §. 3. *de obligat. Imp.* verbo *pronunciare ſecundum conſcientiam n.* 3 Nec ſi cauſſa notorii ſit, Scaccia *Lib* 1. *de Iudic. cauſſ. civil. etc. C.* 88. *n.* 3. Et nec ſi abſoluta poteſtate utatur, Lanc. *d. n.* 3. Monach. *Pract. P.* 3. *C.* 6. *n.* 2. Schutff. *Cent.* 1. *Conſil* 9. *n.* 6 quod multis firmat, Meland. *Comm. Cameral. P.* 2. *Membr.* 17. *ſ.* 275. Diſſ. Marſil. *Sing.* 75. *n.* 3. Aſin. & ab eo relati §. 7. *C.* 5. *limitat.* 35. Chaſſanæ. *Catal. gloria mundi P.* 5. *Conſid.* 24. *n.* 158. *per cap. cum olim* 12. *de re iud.* Quorum opinioni locus eſſe poteſt in Citationibus ſubſequentibus & ad alios actus, maxime ſi iuſta cauſſa Principem moverit, Maranta *P.* 6. *T. de Citat. n.* 10. & quoad ſolemnitates quæ iuris poſitivi vid. *N. ſeq.* Unde nec ullo iure, aut ſtatuto tolli poteſt, Vant. *d. n.* 9. Aſin. §. 6. *C* 9. & *C.* 13. *n.* 2. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 4. Nec ab arbitro etiam, cui abſoluta facultas data, omitti, Menoch. *d. Q.* 17. Marſil. *Sing.* 75. *n.* 2. Vant *d. lo. n.* 10 Etſi expreſſe ei datum ut & partibus abſentibus pronunciet, Vant. *ibid.* in quo ei contrarius eſt Scaccia *d. C.* 88. *n.* 6. Uterque nititur *L.* 16. §. 4. *de rec. arb.* Vantii opinio obtinere poteſt quoad citationem primam quæ huius loci. Scacciæ autem quoad evocationem ad audiendam ſententiam Quatenus nempe defenſionem reſpicit, quæ ut adimatur omnimodo, nulla iuſta cauſſa, nulla Principis poteſtas, nullum odium partis efficit. Nam nec diabolum, ſi in iudicio verſari poſſet, invocatum & inauditum damnari fas fore putant Van. *d. loc. n* 3. Sig. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 2. Neque hac ratione ulla exceptio vid. *N. ſeq.*

limus ante omnia in ius vocari oporteat. Quorum utrumque apud Iuſtinianum eodem illo loco ſcriptum eſt, ideſt §. *ult. Inſt. de pœn. tem. litig.* Quod cum faciendum eſſe præcipitur, nempe hoc ſignificatur, ſi quid adverſus quem, qui prius in ius vocatus non ſit, actum pronunciatumve ſit, id [a] nullam vim habere: ut

a) Nihilque cognoſci & ſtatui poteſt, Don. *ad Rub. C. h. t. n.* 2. deficiente nempe una perſona litigantis, & ita forma iudicii, P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 28. Cum notio & diſcuſſio cauſſæ fieri nequeat, quæ corpus & ſubſtantia iudicii, Veſtr. 3. *Pract. Rom. C.* 2. *n.* 7. Nec ullus potentior defectus iudicii, Vant. *Tit. de Null. ex def. Citat. n.* 2. Gravat *ad Veſtr. d. C.* 2 *lit. D.* Eademque nullitas proceſſus, ſive plane non emiſſa, ſive non rite vel legitime, quæ iure nulla, per *L.* 6. *Qui ſat. cog. & ſimil.* Vant. *d. Tit. n.* 22. *& ſeqq.* Aſin. §. 6. *C.* 12. *n.* 5. *& C.* 13 *n.* 1. vid. tamen idem Vant. *Tit. ult. n.* 118. *& ſeqq.* Et quod vitioſa ac invalida non inducat litis pendentiam, Lanc. *de Atteat. P.* 2. *C.* 4. *n.* 94. *& ſeqq.* Meland. *Com. Camer. P.* 2. *Membr.* 17. Exc. (1) Niſi ipſe Citatus cauſſam nullitati dederit, Lanc. *de Attent. P.* 2. *Cap.* 4. *Præfat. n.* 102 vid. tamen Ant. Fab. *Cod ſuo hoc tit. defin* 6. (2) Niſi ita vocatus venerit. Quo ipſo validam reddi, adeoque comparitione ſpontanea omne vitium purgari plerique prodidere, per *L.* 5. §. 1. *de feriis* Vant. *Tit. ult. n* 116. Viv. *Lib.* 2 *Deciſ.* 274. Boer. *Deciſ.* 235. *n.* 3 P. Æmil. *Deciſ. Rota* 112. *P.* 1. Menoch. 2. *Præſumpt.* 54 *n.* 14. Mynſ 2 *Obſ* 18 *&* 3. *Obſ.* 90 Gail. 1. *Obſ.* 58. De quo ſuſe Lanc. *de Attent P.* 2. *C.* 4. *præfat. n.* 118. *& ſeqq.* Etſi de illegitima citatione excipiat comparens reus, Mynſing *d. C.* 90 *n* 1 & Gail. *d. loc. n* 1 Secus tamen ſi cognati, aut amici eiuſdem, vid. Vinc de Franc *Deciſ.* 514. *n.* 9 Enimvero hic ſuſtinetur iudicium a die comparitionis, non a die nulliter decretæ citationis, Lanc. *d. loc. n.* 140. Et hoc ita, ſi ſolum defectus iuriſdictionis, *ibid. n.* 42. quia hic ſæpe neceſſitas veniendi, ut *infra Cap* 9. *N.* 4. Atque hæc expeditiora in prima Citatione, eaque quæ huius loci. Quin immo etſi ſententia lata in favorem non citati, eam non valere volunt, poſt plures Vant. *d. Tit. n.* 10. Gravat. *annot ad Pract.* Veſtrii *Lib.* 5. *C.* 13. *lit. D.* P. Frider. *Lib* 2. *de Mandat. iud. C.* 17. *n.* 5. niſi in cauſſa criminali Mynſ. 5. *Obſ.* 98. Licet modum & ſolemnitatem vocandi, quæ & quatenus a iure civili eſt, eodem mutari variari, itaque & a Principe remitti vel omitti nihil impediat, Marant. *P.* 6. *Tit. de Citat. n.* 10. Melind *Com. Cameral. P.* 2. *Membr.* 17. *f.* 276. Vant. *Tit. ultim n.* 107. *& ſeqq* iunge. *N. præced. ſub fi.* Cæterum idem ius eſſe volunt in quibuſvis actibus cauſſæ vel iudicii, ut in quovis citatio requiratur, citra quam is non valeat, nec noceat non citato, Hippol. de Marſil. *Singul.* 75. Ant. Gabr. *Rom Lib.* 2. *hoc tit. Concl* 1 Gail. 1. *Obſ.* 48. *n.* 1. *&* 2 Aſin. *Praxi* §. 7. *Cap* 5. *pr. n.* 2 Scaccia *Lib.* 1. *de Iudic. C.* 88. *de Citat. neceſſ in ſing. actis cauſſæ* Lanc. Conrad. *de Off. præt in cauſſ. civil. v. Citatio n.* 4. *& ſeqq* Fr. Pfeil *Conſ.* 158. Præſertim ſi cauſſæ cognitionem requirant, Mynſing. 2 *Obſ.* 91. *pr* Rosbach *Tit.* 22 *n.* 31. *&c.* Veluti ſi producendæ poſitiones, inſtrumenta vel teſtes, ſi atteſtationes publicandæ, ſi ſententia ferenda, aut executioni mandanda, &c. Quod probant per *L* 47. *de re iudic L.* 39. *de adopt. L.* 29. §. *ult. de minor. L.* 13. *pr eod. L. ult. Cod. ſi per vim vel al. mo. L.* 19. *Cod. de teſtib. L.* 4 *Cod. de dilat. auth. ſi omnes C. ſi minor ſe hered. abſtin. Cap. inter* 8. *de maioris. & obed.* Ac etſi inter alios lis mota ſit, vel actus is expediatur, omnem tamen qui prætendit aliquod intereſſe, vel ex eo acta lædi poteſt, citandum tradunt Maranta *P.* 6 *h. t n.* 2. Gravat. *ad Veſtr. d. C.* 13. *lit. D* de communi teſtans, Marc. de Mantua *Singul.* 164. (excipiens, niſi præiudicium id exiguum) Rosbach *Tit.* 52. *n.* 32. Mynſ 2. *Obſ* 91. *pr per d L* 47. *d. L.* 39. *&c.* ſi ſcilicet principaliter eum negocium tangat. Secus ſi per conſequentiam inde lædi poſſit, vid. Aſin. §. 7. *C.* 5. *lim* 2 Vant. *de Null ex def. Cit n* 19. Barth Romuleus *Tr. de teſtator. præcepto & C. n.* 225. *per L* 1 §. *pen de inſpic. ventr.* Pro validitate tamen iudicii ſolum is citandus contra quem petitio directa: Alii ſi non citentur, actus valet quidem inter præſentes & vocatos, actus non citatis non præiudicat *d L* 47. *pr. de re iud.* Vant *d. n* 19. vid Foller. *ad Marant. h. t. n* 4. ne quidem ei de cuius intereſſe principaliter non agitur, Hier Schurff *Cent.* 1. *Conſ.* 9. *n* 3 Menoch. *Adip. poſſ. Remed.* 4. *n.* 457. *& n.* 465. (An validus actus qui non citato non facit præiudicium tractat, Marſil. *Singul.* 30. *n.* 3.) Enim vero ſubſequentium Citationum non tanta neceſſitas, quanta primæ, nequidem quoad reum principalem. Et in pluribus actibus eſt iuris mere poſitivi, veluti ad audiendam ſententiam, Maranta *h. t. n.* 10 Vant *de Nullit. Tit. ult. n.* 107. *&* 109. ad videndum iurare teſtes &c. Hinc plures caſus referuntur, quibus Citatio neceſſaria non ſit, vid. Tiraq *in tit. C. Res Inter. al. act.* Mynſ. 2. *Obſ.* 91. *&* 6. *Obſ.* 6. Et Maranta ſane *h. t. n.* 5. uſque ad *n.* 39 regulæ iſtius: Citatio in quovis actu requiritur, limitationes 31. profert Tiraq *d. loc.* 43. Lanc. Conrad. *de Off. præt. in Cauſſ. civil. v. Citatio n.* 4. *& ſeqq.* 78. modis eam limitat Ant. Gabr. *Rom. Lib.* 2. *Comm. Concluſ.* 1. *de Citat. Concl.* 1. 130 Aſin. denique *Praxi* §. 7. *C.* 5. caſus 145. quibus non requiritur Citatio percenſet. Quos ad 7 genera reducit Sigiſ. Scaccia *Lib.* 1. *de Iudic. cauſſ. civ. &c. C.* 88. *n.* 20. *& ſeqq.* Omnes autem ferme illic caſus ad ſubſeqq. Citationes referendi. Plerique etiam ad eos qui non principaliter rei, ſed quorum alias aliquod intereſſe videtur, pertinent. Eaſque quin Princeps, iuſta ratione motus omittere, actumve, ea prævia, expediendum committere poſſit ambigendum non eſt, maxime ubi defenſio nulla foret citato, Marant. *d. loc. n* 16. Nam & tunc alius Iudex, ſi ipſi in forma iudicii id conſtet, citationem omittere poteſt, Scaccia *d. n.* 20. Mynſing *d. Obſ.* 91. Menoch. *Adip. poſſ Remed.* 4. *n.* 450 & alii cum ceſſet tunc cauſſa citationem exigens. Quin immo noſtrorum doctrina, uſuque fori comprobatum eſt, ut initio generalis Citatio ad totam cauſſam omneſque ac ſingulos actus iudicii emitti poſſit, eo effectu, ut ſi ita citatus non veniat ſemper ulterius procedatur, actuſque ita celebrari valeant ac ſingulatim citatus foret. Quod plerique ita admittunt, quando citandus longius a Curia abeſt, non enim in eadem urbe moratur cive vicinus. Hic enim nullo negocio ad novum actum repeti poteſt Citatio. Illic autem non ſine magnis impenſis & multa moleſtia, quam evitari expedit. Ita plerique per *C. ex litteris* 5. §. *fin de in int. reſt. C. cum dilecti* 6. *& C. ult. de dolo & contumac.* Maranta *h. t. n.* 118. Vant. *d. Tit. n.* 98. *& ſeq.* Aſin. *Praxi* §. 7. *C.* 2. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 10 Lanc. Conrad. *d v. Citatio n.* 10. Damhuder. *Praxi civ. C.* 47. *n* 14. Gravat. ad Veſtr. *Pract. Lib.* 4. *C.* 4. *n.* 15 Meland. *Comm. Cameral. p.* 2. *Membr.* 8 Et hoc forſan iuri convenientius. At hæc diſtinctio in Camera Imp. non ſervatur, Gail. 1 *Obſ.* 51. *in fin* Mynſing 4. *Obſerv.* 33. comprobans illud per *L.* 3. ibi: *ut venias ad cauſſam Cod. Qui accuſ non poſſ* ad quam reſp. Meland. *d loc.* Quæ citatio generalis (commodum litigioſi proceſſus remedium Ventura de Valentiis *Parthenii litigioſi Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 15.) vim ſuam in tantum exerit, ut ſi plane non compareat reus, ad ipſam ſententiam deſinitivam perveniri abſque ulteriori citatione cenſeant Lanc. Conrad. Damhuder. & Mynſing. *dd. loc.* Quod obtinere poteſt, quando talis citatio poſt litem prius conteſtatam, ad omnes actus reliquos omiſſa, alias non niſi in caſibus quibus ſententia lite conteſtata ferri poteſt, Maranta *d. n.* 118. Aſin. *d. C.* 2. *n.* 4 Gravat. *d. n.* 15. Sed poſtquam ita citatus comparuit, etſi non in primo actu poſt eam emiſſam, ſed forte in medio cauſſæ, aut quavis alia parte inſtantiæ, vim citationis generalis expirare, quoad actus futuros, ad eoſque denuo citandum reum eſſe tradunt Damhuder. *d. n.* 14. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 11. *&* 12. Marant *d. n.* 118 Gravat. *d. n.* 15. Vant. *d. t. n.* 112. Quod & Cameralibus viſum eſſe memorat Blarer. *in L. diffamari d.* 6 *n.* 42. Id tamen ita declarat Scaccia *d. loc. n* 17. ſi in loco iudicii manſit citatus. Secus ſi inde domum rediit, quia cum hic ratio, in loci diſtantia, adhuc vigeat, non opus eſt, ait, ut denuo citetur. Quomodo & Vant. *d. loc. n* 114. ut contumacia ſic evitetur, oportere eum vel ad expeditionem cauſſæ manere, vel ſaltem, ſi recedat, procuratorem relinquere. In quo tres caſus diſtinguit Aſin. *d. C.* 2. *n.* 7. quem conſule. Cæterum etſi actor ipſe primo termino Citationis non compareat, unde Citatio quoad illum actum circumducta videtur, per *L.* 73 §. 1. *de iudic.* ex quo tamen facta ad totam cauſſam, & ad duo citatum arctat, ut in termino compareat, & ut ad cauſſam, inde ſi alio termino

ut accidit in iis omnibus, quæ in iudiciis contra ſolidum iudiciorum ordinem fiunt. *L. 4. C. de ſent. & interl.* & generaliter ut omnia pro infectis habentur quæ contra ius facta ſunt. *L. non dubium, C. de legib.* Quod tamen non eo uſque producendum erit, ut etiam in eo adverſario qui in ius vocationem, & editionem actionis contempſerit ſervari oporteat. Finge adverſarium in iure inventum ibi conventum eſſe ab actore apud magiſtratum, conventumque & petitione actoris cognita ſtatim reſpondiſſe actori, atque hoc modo cum eo litem eſſe conteſtatum. Dicemus quanvis nulla præceſſerit vocatio in ius, aut actionis editio, iudicium conſiſtere nihilominus. Supervacuum eſt enim in hac ſpecie requirere in ius vocationem, cum in adverſario habeamus id, cuius 3 cauſſa vocatio inſtituta eſt, huc enim ſpectabat, ut adverſarius monitus in iure ſe ſiſteret, & præſens aut per procuratorem ſecum agendi poteſtatem faceret. Nunc autem horum utrumque habemus in præſentia in iſto adverſario ſine alia vocatione. Adde quod vocatio in ius adverſarii cauſſa comparata eſt, ut & actionis editio. Huc enim pertinent ne reus contendere cogatur ubi nolit: aut contendere paratus ne ignarus & indicta cauſſa damnetur: poteſt autem unuſquiſque iuri pro ſe introducto renunciare. *L. pen. C. de pact.* Ad invitos igitur & ignorantes adverſarios ius ſuperius pertinet. Sed & in his proprie in ius vocari intelligitur, 4 qui præſens eſt, & cui præſenti denunciatur ut iudicio adſit.

III. Quid ergo ſi aberit is cum quo agere volemus? 5 Domum eius denunciare iubemur ut adſit. *L. 4. §. prætor, D. de*

mino actor veniat, rea contumace, procedi poteſt, vid. Vant. *d. tit. n.* 111. Mynſing. *d. Obſ.* 33. Io. Pels *Proceſſ. Tit.* 14. *n.* 2. *&* 3. Modum & formam ſic citandi pete, ex Aſin. *d. C.* 2. *& ſeqq.* 5. Vantio *d. Tit. n.* 99. *& ſeqq.* Quid ſi Citatus dixit nolle ſe comparere, an deinde ad alium actum citandus? Scaccia *d. C.* 88. *n.* 13. diſtinguit: Si ſimpliciter dixit, quia interpretatio fit ad excluſionem maioris delicti, expreſſio refertur ad illum actum, non ad totam cauſſam. Si vero adiecit ſe nolle venire *in ea cauſſa* ulterius non citandus. Quod non aliter admittit Vant. *d. loc. n.* 98. quam ſi citandus longius abſit. Quibus caſibus a mandatis pœnalibus ſine clauſula iudicium inchoari poſſit, vid. Gail. 1. *de Pa. publ.* 5.

3) Et in toto iure quæ non propter ſe, ſed propter finem, obtento illo fine non requiruntur, arg. *L.* 20. *Cod. de pact.* iunct. *L.* 9 *§.* 5 *de acq. do.* Donellus *ad h tit. Codic. n.* 3. Quod expeditum ſi ultro reſpondit, de quo hic noſter. Quid autem ſi vel ideo reſpondere & ſuſcipere litem nolit quod citatus non ſit? Iure Saxonum, ſane ſi ſe non ideo adeſſe dicat, ne imparatus obruatur, citari debet ut compareat, reſponſurus ad proxime ſequentem cognitionum diem, Landr. *Lib.* 2. *Art.* 2 Fachſ. & Reinhard. *inter diff.* Zobel. 5. *P.* 1. *n.* 8. *&* 9. Coler. *Deciſ.* 103. *n.* 6. *& Deciſ.* 142. *n.* 2. Iure autem communi res controverſa eſt. Equidem Bartolus & ſequaces ref. Fachs *d. loc.* æque inter volentem & invitum reum hic diſtinguunt Et probat Weſenb. in *Par. hoc tit n.* 13. *cir med.* communique praxi ſervari refert. Sed contra pleriqoe tum, per *L.* 47. *pr. de re iudic. L.* 29. *§. ult. de minor.* verbis: *præſente vel evocato auth. ſi omnes C. Si minor ſe ab her.* tum quia ſuperior ratio generalis, cum ad id citetur, ut ſit præſens, ideo præſenti non neceſſaria, Marant. *h. tit. n.* 12. Aſin. *Praxi* §. 7. *limit.* 90 Gravat. *ad* Veſtr. *Pract. Lib.* 5. 13. *n.* 7. Io Pels *Proceſſ Tit.* 11. *n.* 3. Vant. *Tit. de Nullit. ex defect. citat. n.* 17. Quod & Marſil. *Singul.* 30. *n.* 1. confirmari putat per *L.* 28 *pr. & §. ult. de fideic. lib. L. recuſare* 6. *pr. ad Trebel* (Quæ tamen LL. parum ad rem faciunt.) Itaque uſus Curiæ ſupremæ imperii fert Gail. 1. *Obſer.* 48 *n* 4. & *Obſ.* 51. *n.* 8. Mynſ. 7. *Obſ.* 6. *n.* 8. Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 2. Quin & eo ipſo quod adeſt præſumi citatum vult Menoch. 2. *Præſumpt.* 22. *n.* 2. & Coler. *Conſ.* 44. *n.* 65. *et ſeqq* add. Vant. *d. titul. n* 16. Maranta *d n.* 12. Plane ſi admonitionis cauſſa adeſſe debeat, monendus præſens de actu, qui geritur, ex. gr. ſi teſtes iurare debent, Aſin *d. limit.* 90. *n.* 10. *&* 15 Menoch. 6. *Præſ* 21. *n.* 5. etſi quidam diſſentiunt, ref. Maranta *d. n.* 12 Aſt ſi defenſionis cauſſa, dandæ petenti induciæ deliberatoriæ, vid. Mar. *d. loc. n.* 13. Aſin. *d. lim.* 90. *n.* 14. Sed & ſi ad aliam cauſſam citatus comparuerit, & alia lis ei intentetur, ad eam ſuſcipiendam abſque prævia citatione non compelli, Maranta *d. n.* 53. Aſin, *d loc. n.* 9. Coler. *Conſ.* 44. *n.* 14. per *L.* 2. *cir. ſi.* verbis *dum quis cauſſam agit h tit. L.* 54. *§.* 1. *de re iud.* ac melius prob. per *L.* 2. *§.* 3. verſ. *ni quoque de iudic.* Et ita paſſim in Curiis ſervari tradit Mynſ. *d. Obſ.* 6. *n.* 9. add. P. Æmil. *Deciſ. Rota* 107. *P.* 1 Etſi in hoc quoque aliud ſtatuat Gail. *d. Obſ.* 51. *n.* 7. & 8 Vurmſer. *tit.* 6. *Obſ.* 14 (conſuetudinem iudiciorum iuri contrariam eſſe volens) & Scaccia *Lib.* 1. *de Iudic. C.* 88. *n* 25 Iuxta illam declarationem non moleſta forſan iuris civilis & Saxonici diſcrepantia. Certe cum duæ citationis ſint cauſſæ: Una ut veniat reus, altera ut interim ad defenſionem ſe præparet, Marant. *d. n.* 13. ipſa ratio facit, ut in poſteriore præſentia reo non noceat, nec ei dilationem ad deliberandum neceſſariam adimat. Datis vero induciis, illa ipſa monitio iudicis, ut iis lapſis certo die iterum iudicio adſit, vera citatio eſt, vid. *hoc N.* 15. Confer. Ræv. *Protribun.* C. 9.

4) Et hanc Citationem, quam ad faciem fieri DD. dicunt, ex *L.* 13. *§.* 1. *de excuſ. tut.* neceſſariam tradunt, ubicunque citandi copia haberi poteſt, *per L.* 1. *§.* 1 *de ag. Lib.* cum aliæ Citationes ad domum & per edictum non niſi in ſubſidium admittantur, ut *N. ſeq.* Unde perquiri prius perſonam oportere cenſent, ut ipſi Citatio innuetur, tam in ſuburbiis, quam in urbe & locis iis, quibus eum morari credibile eſt, in villis item & prædiis, &c, vid. Scaccia 1. *de Iudic. cauſſ. civ. crt. C.* 45. *n.* 2. *& n.* 52. & omnes ibi a citati *N. ſeq.* Quod maxime obtinet in prima citatione & antequam citatus comparuit. Secus ſi ſemel antea iudicio adfuit, *auth. qui ſemel C. Quom & quando iud.* Bover. *Sing* 9. *n.* 13 Et ſi ſemel ante in faciem citatus, poſſe deinde ſemper domi citationem fieri, poſt alios Grav. *ad Veſtr. Lib* 5. *C.* 13. *n.* 12. *& ſeq.* Scaccia *d. C.* 45 *n.* 4. P. Greg 48. *Synt.* 2. *n.* 17. Quod tamen de iterata citatione ad eundem actum ſolum accipit Wurmſer. *Tit.* 6. *Obſ.* 8. add Io. Pels *Proceſſ. Tit.* 12. *n.* 111. Et quod poſtea per edicta in locis publicis citari poſſit, ut arctetur, tradit Marſil. *Sing* 260, *per Clem.* 1, *de iudic.* Sed *n.* 2. id declarat, ſi ſcilicet longe abſit, nec commode in faciem citari queat, add Hier. Schurff *Cent.* 1. *Conſ.* 82. *n* 6. Plane quia durum multoties mittere viatorem cum citatione ad domicilium citandi, eundemque perquirendo (etiam ſi non procul a Curia degat) tempus conſumere, conſulitur, ut iudex, petente parte, cogat reum ad eligendum certum locum in civitate, qua lis agitatur, ubi deinceps citetur, Vant. *Tit. de Nullit. ex defect. citat. n.* 117. P. Foler. *addit ad Marant hoc tit n.* 100. Io Pels *dict. tit.* 12. *n.* 118. Quando reo invento vel ad faciem citato exemplum, ſeu copia Citationis offerenda vid. Scaccia 1. *de Iud* 45. *n.* 3

5) *L.* 5. *§.* 2 *Quod vi aut clam. L. ſcire* 13 *§.* 1. *cir. ſi. de excuſ. tut. L.* 1. *§.* 1. *de ag. Lib. L.* 39. *§.* 3. *de adult. L.* 2. *C. de ann. except. C. cauſſam* 3. *de dolo & contum. eiam, cauſſam.* 3. verſic. *quod ſi. forſan de ſtet.* Qua de Citatione ad domum pluribus Tiraq *de retr. lign.* §. 9. *Gl.* 2. Mathe ſilan. *Sing.* 132 *ibique* Gabr. Sarayna, Curac. 7. *Obſ.* 15. Parlador. 2, *Rer. quotid. C. fin. p.* 5. §. 9. *n.* 5. *et ſeqq.* Aſin. *Praxi* §. 6. *C.* 1, *&* 5. *ſeqq.* Vant. *Titul. de Null. ex def. citat. n.* 87. *& ſeqq.* Maranta *h t. n.* 124. *& ſeqq.* Menoch. 2. *Præſ.* 26. *& ſeqq.* Guid. Pa-

pæ

de damn. infect. Quid ſi ne ſic quidem veniat is, cuius domum denunciatum eſt, aut quid ſi etiam adverſarius domicilium certum nullum habebit, neque uſquam ſui conveniendi poteſtatem faciet? Conveniendi [6] ſunt tutores aut curatores. Si hi nulli ſunt, conveniendi ſunt propinqui, & amici abſentis: non ut hi vocentur

pæ *Queſt.* 255: Viv. *Lib.* 2. *Deciſ.* 274. Rosbach. *Proceſſ. tit.* 24. Trentacinq. 1. *Pract. Reſol. hoc titul. de Citat. Reſol.* 3. Meland. *Com. Cameral. P.* 2. *Membr.* 14. Ad quos ne prolixior ſim, quam fert inſtitutum, remitto. Plerique fine omnes hi tradunt ei non niſi in ſubſidium locum eſſe, ſi facta perquiſitione, non potuit reperiri, ut & Bover. *Singul.* 9. *n.* 13. Corſ *in L. ſi finita* 15. §. *Iulianus* 16. *de dam. inf in Summa Tract.* 1. & 2. *decreti n.* 17. vid. *N. praced.* Et hanc ad domum Citationem, (uti & quæ per edictum ut *N. ſeq.*) non ſufficere ad hoc, ut actus gravioris præiudicii abſente citato teneat, niſi de malitia eius vere, vel præſumptione iuris liqueat, vult Mathesilan *d. Sing.* 132. & Saraina *ibid. n* 6. Neque hinc vere contumacem reum fieri, ſed ficte plerique prodidere. Unde nec mulctæ indictioni hic locum eſſe cenſet Bover. *d. Sing.* 9. *n.* 15. Domus autem intelligitur etiam aliena *d. L.* 4. §. 5. *de dam. inf.* ut conducta vel precaria, Padilla ad *L. ſi tamen de leg.* 2. *n* 5. Et ſi plures habitare ſolet illa, quam maiori parte anni, vel in qua maior pars ſuppellectilis vel familiæ. Dambuder. *Praxi C.* 59. *n.* 2 Vel ubi tempore citationis habitat, Dambuder. *ibid.* Viv. *Lib.* 2. *Deciſ.* 274. *n.* 3. P. Æmil. *Deciſ. Rota* 117. *n.* 2. & alii paſſim, Vel in qua reſidere tute tenetur, ut Clericus loco beneficii, &c P. Greg 48. *Synt.* 2. *n* 18. Et uxor citatur ad domum mariti, A. Fab. *C. ſuo h. t. de fin.* 5. An autem & quando vir in ædibus uxoris, & ut ibi habitare cenſeatur, vid. Menoch. 2. *Praeſ.* 27 Mynſing. 3. *Obſ.* 37. Non autem ſufficit conventum eſſe domeſticum, etſi filius vel pater ſit, ſi ea conventio non fiat ad locum domicilii, A. Fab. *d. t. deſin.* 1. ubi & domicilii foribus affigi debet teſtato, ſi abſit, vel domeſtico cuidam tradi, Scaccia 1. *de iudic.* 32 *n.* 23. A. Fab. *d. loc* Ut niſi ſcriptis fiat contumacem non reddat, Maranta *hoc tit. n.* 81. Aſin. §. 6. C. 7. *Caſu* 7. Hanc quoque alta voce fieri debere vulgo eliciunt ex *L. diffamari* 5. *C. de ingen. man.* verbo: *vocitaſſe*. Cæſ. Contard. poſt alios *ibid. C.* 1. *n.* 42. Sed immo *vocitare* eſt ſæpius vocare, Blarer. *ibid. in Summa d. L. n.* 13. Plura de hac pete ex DD. memoratis.

6) *L.* 5. § 2. *Quod vi aut clam d. L.* 4. §. 5. *de dam. inf.* Et ſi nemo domi reperiatur, vicinia denunciari poteſt, Damhuder *Praxi C* 59. *n.* 1 Quin & ſchedula citationis affigi debet foribus ædium *d L.* 4. §. 6. *de dam. inf.* Guid. Papæ *Singul.* 419 & ſi domo careat ad ædem ſacram, ſeu Eccleſiam parochialem *Cap. ult. de dolo & contum.* Io. Pels *Proceſſ. tit.* 12. *n.* 31. Sed & vagabundi per edicta, aut publicas proclamationes vocari poſſunt, vid. Maranta *hoc tit. n.* 83 & *n.* 130 Gail 1. *Obſ.* 57. *n.* 4. & *ſeq.* Menoch. *Recup. poſſ. remed.* 8. *n.* 117. Coler. *de Proceſſ. P.* 3. *C.* 7. *n.* 25. & 2. *ſeqq.* Et quidem Citatio per edictum non niſi in caſu neceſſitatis adhibenda, quando nec ad domum citationis locus, Scaccia *Lib.* 1. *de iudic, cauſſ. civ crim. &c. C.* 34 *n.* 7. Maranta *d. tit. de Citat. n.* 82. Gail. *d Obſ.* 57. *n.* 1. Meland. *Com. Camer. P.* 2. *Membr.* 7. *ſ.* 285. Adeo ut quoties alio modo inſinuari poteſt, hac gravatum appellare poſſe velint Gail. *d. loc.* P Greg. 2. *de Appel* 15 *n.* 20. Coler. *P.* 3. *Cap.* 7. *n.* 27. & ipſam citationem nullius momenti eſſe docet Menoch *Recup. poſſ. Remed.* 8. *n.* 111. & *Remed.* 15. *n.* 229. Quin nec niſi ſpeciali commiſſione Principis, vid. *h. C. N.* 8 ac ſolum contra eum qui procurat ne ad ſe veniat Citatio, hanc expediri, Bover. *Sing.* 9. *n.* 25. add. Schurff *Conſ.* 82. *Cent.* 1. Et quod ſoli ordinario hæc licita, nec delegato niſi Principis, in caſibus iure permiſſis & reſcripto contentis, Scacc. *d. C.* 34. *n.* 1. 3 4. (add. *huius C. N.* 8.) Qui *ibid. n.* 9. & *ſeqq.* caſus ſeptem percenſet quibus hæc admiſſa, (e quibus quatuor refert Gail. *d Obſ.* 57. & 13 Maranta *d. loc.*) (1) Quando quis effecit ne Citatio ad ſe perveniret, *clem.* 1. *de iudic.* Scacc. *d. n.* 9 Mar. *d. loc n.* 84. Quin & hunc pro citato haberi, ut amplius citandus non ſit, per *C. quoniam* 5 §. *porro* 5. *Ut lite non cont.* Gail. 1. *Obſ.* 55. *n.* 4. Io Rulant. *addit. ad Marant. h. tit. n.* 36. (2) Quando non eſt tutus acceſſus, *d. clem.* 1. *clem. un. de foro comp.* vid Schurff. *Cent.* 1. *Conſ.* 82. Gail. *d. O.* 50 *n.* 2. Veſtr. *Lib.* 4. *Pract. C.* 2. *n.* 3 Mar. *d. loc. n.* 85. Vant. *d. tit. n.* 124. & *ſeqq* Scaccia *d. loc. n.* 10. & 11. ubi hoc per duos teſtes ſingulares probari, & cognoſci ſummarie (3) Quando prius principaliter citatus contumax, vel receſſit procuratore non relicto, Scaccia *ibid. n.* 12 (4 Quando vagabundus, ut auctores ante citati. Qui affigi volunt edicti litteras foribus ædium, ſi quas habet, vel in ea civitate ac loco ubi converſari ſolitus, Marant. *d. n.* 83. Gail. 1. *Obſ.* 57. *n.* 5. *per L.* 4. §. 6. *de dam. inf. L.* 27. §. 2. *ad Municip* Sed Scaccia *d. C.* 34. *n.* 14. & *C.* 45. *n.* 23. ita diſtinguit: Si de re ſoli agitur, affigenda loco rei ſitæ, per *d. L.* 4. §. 6. Sin de mobili vel pecunia, ubi verſari reus conſuevit. (5) Caſus Scacciæ in obligatione in forma Cameræ, quæ Romanis, qui hodie ſunt, frequentatur, qua de tractatus extat Ant. Maſſæ Galeſii. (6 Quando contradictor incertus, quoties in genere omnes ſua quoquo modo intereſſe putantes citantur *C. ult. in ſi. de elect.* vid. Gail. *d. Obſ.* 57. *n* 6. & 7. Scacc. *d. C.* 34. *n.* 16. Mar *d. loc. n.* 89. Marſil. *Singul.* 259. Vant. *d Tit. n.* 142. Menoch. *Recup. poſſ. Remed.* 8. *n* 102. & *ſeqq.* Cuius Citationis generalis formulam pete ex Rosbach. *tit.* 27. Quam citationem non arctatoriam, ſed monitoriam noſtri vocant, cum per eam optio detur cuicunque venire & obſiſtere, nemo autem cogatur, vid. Vant. *de Null. ex def. citat. n.* 60. Veſtr. *Lib.* 4 *Pract. C.* 4. *n.* 8. Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 5. & 67. Surd *Deciſ.* 26. *n.* 7. Lanc. *de Attent. P.* 2. *C.* 4. *Praeſ. n.* 159. & *ſeqq.* ſcribens ea non fieri reum neceſſarium nec induci litis pendentiam. Et quod per eam inhabiles non habilitentur, uti per aliam, Contard. *in L. diffamari C.* 1. *n.* 36. Menoc. *Adip. poſſ. Remed.* 4 *n.* 615. & 2. *ſeqq.* vid Io. Pels *Proceſſ. Tit* 12. *n.* 29. & *ſeqq.* Comparitione tamen eam ita purgari docet Lanc. *d. loc. n.* 162. ac ſi ſimpliciter, ſine conditione, facta fuiſſet. Denique ſeptimo quando lis cum Univerſitate quapiam vel collegio, per edictum propoſitum in loco ubi conventus haberi ſolitus, & ſi eo non pateat acceſſus in porta civitatis vel loco confini affixum, vid. Mar. *d. loc. n.* 94. Vant *d. tit. n.* 144. Gravat. *ad Veſtr. Lib.* 4. *C.* 3. *n.* 22. Io Pels *Proceſſ. Tit* 12 *n.* 33. & *ſeqq* Menoch. *Recup. poſſ. Remed* 8. *n.* 119. Lanc. *de Attent p.* 2. *C.* 4 *Praeſ. n.* 157. & *ſeqq* Affigi autem debent litteræ edicti in loco publico domicilio vicino, eove, unde facilior notitia per *L.* 11. §. 3 *de inſt. act.* vid. Io. Pels *d. tit.* 12. *n.* 56. & *ſeqq.* Vant *d. loc. n.* 140. Ex uſu Cameræ tribus ſaltem locis vicinis affigi, eaque a parte adverſa deſignari debere notat Gail. *d Obſ.* 57. *n.* 10. Ipſumque autographum (vulgo originale) affigendum primitus, poſtea autem, ubi per aliquot horas ibi manſit, eo refixo ſubſtitui poſſe exemplum (vulgo copiam) vult Scaccia *Lib.* 1. *de iudic. cauſſ. civ C.* 45. *n.* 17 Et quamdiu affixa hæc Citatio eſſe debeat in loco publico iudicia arbitrii eſt, Menoch. *C.* 463. Effectum eius tradit Gail. *d. Obſ.* 57. *n.* 12. ut perinde arctet citatum atque quæ in perſonam fit, contumacemque reddat, ut procedi ulterius queat. Quod Scaccia *d. C* 45 *n.* 21, tunc admittit, quando certus eſt citandus, nec in perſonam citari potuit ob acceſſum non tutum. Et quod hinc ficte contumax reddatur, audiaturque etiam contra ſententiam, refuſis expenſis prodidit Paul. Æmil. *Deciſ. Rota* 118. *P.* 1. Quodque iuranti Citationem ad notitiam ſuam non perveniſſe credatur. Menoch. *Lib.* 1. *Praeſumpt. Q.* 77. *n.* 11 Plura de hac pete ex Gail. *d. Obſ.* 57 Scaccia *d. C* 34 aliiſque ante citatis, ut & Menoch *Recup poſſ. Remed.* 4. *n* 102. & *ſeqq.* Affinis huic ea quæ fit voce preconia Vulgo Citatio per Proclama. Quæ clara voce nuncii in platea publica, citra affixionem legitur aut pronunciatur De qua & quibus caſibus recepta ſit. (Non enim iiſdem quibus prior, quod vox preconis paucis innoteſcat, facile evaneſcat *auth. qui ſemel C. Quom. & quan iud Nov.* 112. *C.* 3 Sich ad *L.* 8. *C d. t n.* 11.) vid. Maranta *h t. n.* 97 & *ſeqq.* Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 35 Contard *in L. diffamari L.* 6 *n.* 21. & *ſeqq* Fr. Herculan. *de probanda negativa n* 240. & *ſeqq.* Aſin *de Exſecut* § 6 *C.* 39. & *ſeqq.* Cuiuſmodi & ea quæ in matrimoniis conſueta eſt fieri denunciatio a parocho in ſuggeſtu vulgo *das auffbieten*, Maranta *d. loc n* 102. & Scacc. *n* 3. Etſi vero præſumptio ſit quod Citationis per Proclama notitia pervenerit ad citatum, iureiurando tamen contrarium aſſeverantis creditur per *C. ult Qui matr. accuſ. poſſ* Menoch *Lib.* 1. *Praeſumpt. Q.* 77. *n.* 10 & 11. Accenſent his vulgo Citationem per Campanam, aut tubæ ſonitum

cuius

tur in ius, cum queis nulla actio eſt, ſed ut ab his exquiratur, an velint abſentem defendere: ea gratia ut ſi parati ſint defenſionem ſuſcipere, conveniantur ipſi, & vocentur in ius. Si nolint conventio ſaltem in hoc cedet, ut declaretur abſentes cum convenirentur fuiſſe indefenſos, qui neque per ſe neque per alios defenderentur: Sic deinde procedatur adverſus eos ea via qua adverſus indefenſos & ſui copiam non facientes agi ſolet. De quo dicetur poſtea ſuo loco, neque ita multo poſt. Hoc in *L. hoc autem*, *§. 1. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

IV. Poſtquam adverſarius in primis in ius vocandus eſt, atque hoc modo conſtat vocationem hic non ſolum eſſe, ſed etiam ante omnia eſſe debere: quæretur deinde quid ſit in ius vocare, ut quod hæc definitio dictabit, ſciamus in vocatione inſtituenda eſſe ſequendum. In ius vocare ſic explicat Iuſtinianus in *d. §. ult. Inſt. de pœn. tem. litig.* ut ſit vocare ad eum [7] qui ius dicturus ſit. Recte ut ex loco in quo ius dicitur intelligamus eum qui eo loco ius dicit. Hunc enim locum ſignificat verbum iuris, cum coniungitur cum verbis motum ad locum, aut conſiſtentiam in loco ſignificantibus. *L. pen. D. de iuſt. & iur. L. 4. D. de interr. in iur. fac.* Quod ad rem ipſam attinet, conſulto dictum eſt, ad eum qui ius dicturus eſt, ut intelligamus adverſarium vocari ſolum recte poſſe ad eum qui ius dicere poteſt, ideſt, qui iuriſdictionem habet, ſive ei præſit, ut magiſtratus, ſive habeat [8] a magiſtratu mandatam, quales ſint ii quos vulgo locum tenentes vocant. Ad hos inquam recta & utilis vocatio eſt, quia ſunt ii, quorum eſſe poteſt de re controverſa iuriſdictio, ad iudicem datum ſeu pedaneum fruſtra quis vocetur [9] *L. 3. D. ne quis eum qui in ius voc. vi ex.* Optima ratione: quia ne is quidem iudex eſſe poſſit in ea cauſſa de qua agitur, niſi in ea datus a magiſtratu fuerit. Ut autem detur, prius eſt, ut adeatur magiſtratus a litigatoribus, qui deinde ſtatuet, utrum cognoſcat ipſe, an vero alium det iudicem. Neque vero adhibetur, niſi cum adverſarius in ius vocatus ſimul & actor ad magiſtratum iuris experiendi cauſſa venerit. Sed nec in iudice dato ulla poteſtas eſt cogendi eum, qui in ius vocatus eſt, ut ad ſe veniat, ſi recuſet. Notionem [10] enim tantum habet non iuriſdictio-

cuius uſus in convocandis perſonis alicuius univerſitatis, collegii, capituli aut conſilii generalis. Qua de Scaccia *d. Lib* 1, *C.* 36. Marant. *h. t. n.* 111. *& ſeqq.* P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 10 Sed ea non eſt huius loci. Etſi Cuiac. 7. *Obſ.* 15. in criminalibus citationem abſentium reorum per triduum *L.* 10. *de publ. iud.* buccina fieri.

7) Ita & Don *ad Rub. Cod. h. t. n.* 8 quia in locum quo ius redditur, poteſt quis vocari ad ſcribam, advocatum vel alium, quæ tamen in ius vocatio non eſt. Eodem ſenſu dicitur in iudicium vocare *L.* 2. *§.* 2. *Qui ſatiſd. cog. L.* 2. *§. pen. & ult. L. tutor.* 28. *pr. de adm. tut. L.* 2. *de eo per quem fac. er.* Sicuti & cautio iudicio ſiſti eſt ad prætoris ſellam ſiſti, *tit. D. Si quis in ius voc. non ier.* Cuiac. 10. *Obſ.* 10. Quia iudicium generalius etiam apud Prætorem dicitur, vid *ſupra Lib.* 17 *C.* 3. *N.* 2. *& C.* 21. *N.* 3 Et ita quod in iure ſit, etiam in iudicio; etſi contra, quod in iudicio ſtrictius accepto apud pedaneum nunquam dicatur in iure fieri, Vult. 1. *Diſcept.* 1. *pag.* 16. add. *h. C. N.* 10. Diſſ. Ant. Fab. *ut not. infra C.* 9. *N* 4.

8) Etſi enim quidam veterum in delegato dubitaverint, num per nuncium, aut litteras citare poſſit, vid. Ayrer. *Proceſſ. p.* 1. *C.* 3 *Obſ.* 2. *n* 15. & nonnulli ab ipſo delegato vocandum reum cenſuerint. Alii per nuncium quidem vivi voce & in faciem poſſe, aſt non per litteras domui affigendas, vid Sich *ad L.* 8 *C. Quom. & quan. iud. n.* 13. *& ſeq* Quin tamen & huic (per litteras quoque) citare liceat ambigendum non eſt, ut poſt *Socin.* & *Speculat.* Afin. *§.* 7. *C.* 4. *n.* 5. Et probat *L.* 16. *& ſeq. de iuriſd.* iunct. *L.* 2. *eod* & ea quæ *ſupra Lib.* 17. *C.* 8 ubi vid *N.* 58. Ayrer. *d Obſ* 2 *n.* 16. *& ſeqq.* Quin & quando prima vice quis coram delegato citatur neceſſe eſſe, ut id ſcriptis fiat. Sigiſ. Scaccia *Lib.* 1 *de Iud. C.* 33. *n.* 16. & Maranta *hoc tit n.* 15. Afin *§.* 6. *C.* 7. *n.* 1. Siquidem poteſtas delegati in Citatione exprimenda, citra quam non arctat ut citati *ſupra Lib* 17 *C.* 8. *N.* 52. quibus add. Gail 1. *Obſ.* 48 *n.* 17. *& ſeq.* Mynſ. 3. *Obſ.* 1. Meland *Com. Cameral P.* 2 *Memb* 17. *f.* 278. Ayrer *d. Obſ.* 2. *n.* 19. Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 32. *n.* 35. excipiens niſi leve præiudicium citati vertatur, & niſi in loco propinquo degat citatus. Io Pels *Proceſſ. Iit.* 12. *n.* 8. *&* 9. Iannin. *Lib.* 1. *de Citat. realt C.* 1. *n.* 629. Sane Citationem per edictum ſolum per delegatum Principis, non autem inferioris expediri noſtri volunt, nec niſi id diſerte reſcripto delegationis conceſſum, cum ſuperioris auctoritatem requirat, rigoroſa & exorbitans ſit. De quo adi Vant. *de Nullit. ex def. citat n.* 125. *& ſeqq* Wurmſer *Tit.* 6. *Obſ.* 8. *n.* 5. Iacob. de Bello viſu *Pract. crim Lib* 2. *C.* 5. *n.* 7. Sich. *ad L.* 8. *C. Quom. & quan. iud n.* 13. *& ſeqq.* Scaccia *Lib.* 1. *Cap.* 34. *n* 3 *& ſeqq.* ubi *n.* 5 ſimilem eam eſſe banno. Bannire autem delegato non licet, & Marant. *tit. de Citat n.* 39. adducens *auth. qui ſemel C. Quom. & quan iud. Nov* 112. *C.* 3 *pr.* Unde Commiſſarium Cameræ, ea inconſulta, ita citare non debere docet & obſervari teſtatur Rulant. *de Commiſſ. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. *ſub fin.* vid. tamen Io. Pels *Proceſſ. Iit.* 12. *n.* 121. Denique Citatione per delegatum decreta vivo delegante, etſi hoc mortuo inſinuetur, iuriſdictionem perpetuatam eſſe iudicatum refert P. Æmil. *Deciſ. Rota* 115. *P.* 1. Confer. *ſupra Lib.* 17. *Cap.* 8. *N.* 61. De Citatione autem incompetentis itemque extra territorium citantis notabo *infra C.* 10.

9) Plane Ræv. 3. *Coniect* 10. per *pedaneum d. L.* 3. *§.* 1. intelligit non iudicem datum, ſed minorem magiſtratum ex iis, qui neque vocationem neque prehenſionem habebant, ut quæſtores, Agell. 13. *Noct.* 12. *& ſeq.* Hic enim ait, ſi non denunciata pœna evocet, ſed adſtricta cervice ad ſe trahi petiatur, eo ipſo ſupra iuriſdictionem ſuam ius dicit. Proinde ita tractum impune quis eximit. Sine magiſtratus iſtos quibus tribunal non fuit, pedaneos nuncupatos comprobavimus *ſupra Lib.* 17. *C.* 21. *N.* 7. Ait de iis *d. §.* 1. exponere non neceſſe eſt. Aut ſaltem eius ſententia æque, & magis, ad iudices datos pertinet.

10) Ita & Camil. Plut. *ad Rub. D. de off. eius Lib.* 2. *C.* 7. *n.* 1. quia nec ius cogendi, nec mulctæ dicendæ, habet Duar. *ad hoc tit. D. C.* 2. *&* 1. *Diſp.* 1 Cuiac. 10. *Obſ.* 10. Govean. *Lib.* 1. *de iuriſd n.* 34. ſcribens nec legi, nec fando auditum ad pedaneos in ius vocari, cum ius ſit locus ubi Prætor ius dicit *L. pen. de iuſt. de iur.* & *totus tit de in ius voc.* ad magiſtratus pertineat non ad pedaneos. Sic Donatus *in ius* ire exponit ad prætoris ſellam ire, Rævar *Protrib C.* 7. Et omne quod in iure fieri dicitur, ſemper apud magiſtratum, nunquam apud iudicem datum intelligi contendit, Vult 1 *Diſc.* 1. *pag.* 13. *per L.* 6. *in ſi. de feriis. L.* 56. *§.* 1. *Mand L.* 29.

ctionem, eoque nec imperium quod iuriſdictioni eſt admiſtum, ut ſuo loco diximus. Paulus definit hoc modo in *L. 1. D. de in ius voc.* ut ſit io ius vocare, iuris experiendi cauſſa vocare. Recte hoc quoque. Non enim vocatur quiſquam adverſarius in ius niſi ea gratia, ut apud quem id facere ius eſt, apud eum de iure ſuo experiatur; ideſt, apud eum iure iudicioque agat de ea re, quam in iudicium vocat. Id enim valet iuris auctoribus formula loquendi uſitata, cum dicunt de iure ſuo aut de re aliqua experiri, ut *L. 1. D. ex quibus cauſ. maior. L. 1. quando de pec. annalis eſt act. L. 1. D. quæ in fraudem creditor.* vel ius experiri ut in ſuperiore definitione. *L. 1. de in ius voc.* Vel abſolute experiri, ut in *L. 1. D. de diver. temp. præſcript.* Significatione hinc ducta, quod experiri eſt teotare. Qui autem agit iudicio, tentat, quod ius de eo quod petit ſententia iudicis impetret. Et vere tentat: non enim certum habet ſe 11 conſecuturum: cum fieri poſſit, ut non ſit ius eius id quod putat, aut non ſatis de iure ſuo probet, aut in bona cauſſa, & iuſta probatione iudex illi iniuriam faciat reum per imperitiam aut ſordes abſolvendo, contra quam oportebat. Sed videri poteſt, utraque definitio ſuperior manca eſſe, quia utrique deeſt id membrum, quod altera definitione expreſſum eſt. Quod ſecus eſt. Ita eſt enim utrumque membrum ſuperius, ut uno poſito alterum ſua ſponte intelligatur. Cum enim dicimus in ius vocare eſſe ad eum vocare, qui ius dicturus ſit, non obſcure hoc intelligitur eſſe vocare ad eum, qui ius dicturus ſit de ea re, de qua agitur. Hoc autem eſt de ea, de qua actor vult ius experiri. Proinde vocare huius iuris experiendi cauſſa. Rurſum cum dicimus in ius vocare eſſe iuris experiendi cauſſa vocare, neceſſe eſt continuo intelligi, eſſe vocare ad eum, qui ius dicturus ſit: quoniam de iure noſtro experiri, ut id nobis reddatur, non niſi apud eum poſſumus, qui ius poteſt reddere ſive dicere. Quod ſi placet omnem dubitationem tollere, licet coniungere utrumque membrum hoc modo, ut in ius vocare dicamus eſſe, ad eum qui ius dicturus ſit, experiundi cauſſa vocare. Eſt autem vocare aliquem alioquo, denunciare ei, ut eo loco adiit. Ita ſi vim verbi plena definitione complecti volumus, definiemus in ius vocare, ut ſit 12 denun-

29. §. 1. *de donat. L. ult. de coll. bonor.* & ſimil. ab eo prolatis. Et ita *in iure* & apud Iudicem opponit Plaut. *Menachm. Act. 4. Sc. 2.* in iure & in iudiciis, Cicer. 1. *de Orat.* Rævar. *d. C.* 7. add. Turneb. 29. *Adv.* 33. Coraſ. 3. *Miſc.* 18 Speckan. *Cent. 2. Cl.* 4. *Q.* 10. *n.* 2. *&* 3. Enimvero latiori ſenſu *ius* complecti iudicium & tractationem apud pedaneum forſan non adeo abſurde quis contenderet, per *L. 4. §. 1. de interr. in iure*. Nam etſi ibi: *alios iudices* exponat ordinatios non delegitos Baro *Lib. Var. QQ. de iuriſd. fol.* 43. in ſeqq tamen *iuris dicendi vel iudicandi*, vocula *vel* diſiungit pariter & utrumque implicat. Dici tamen poteſt ea verba de cauſſis, quas ipſe Prætor cognovit, & diſceptavit, accipi debere. Confer. *ſupra Lib.* 17. *C.* 21. Aſt dices: Si Iudici pedaneo nulla vocandi auctoritas, qui igitur litem dirimere potuit? Bodin. 3. *de Rep.* 5. *initio n.* 299. pedaneos in ius vocaſſe ſcribit, ſed quia imperandi iure carerent, vocatos obtemperare non coactos, niſi magiſtratus ipſi pro iure ſuæ poteſtatis iuberent. Vult. 1. *Diſc.* 1. *p. & ſeqq. & Diſc.* 2. ſentit in ius vocationem quidem ſolum dictam ad prætorem vel magiſtratum, Citationem autem etiam ad pedaneum. Etſi enim Govean. 1. *Var. Lect. ult. n.* 3. Citare velit eſſe voce præconis vocari coram magiſtratu, ut *L. pen. de int. reſt. L.* 73. *de iudic.* Et Duar. 2. *Diſp. 7. & ad h. t. D. C.* 2. Citationem cum in ius vocatione confundi quandoque ut *L. 8. C. Quom. & quan. iud.* Apud veteres autem Iuriſconſultos *Citari* reum, cum ipſa die cognitionis, quæ ante ei dicta fuit, in foro & tribunali per præconem evocatur, ut præſens ſit nec-ne appareat. Quod probare nititur ex *d. L. pen. de in int. reſt. L. inter* 10. *de publ. iud.* Quintil. *Lib* 6. *C.* 5. Agell. 11. *Noct.* 2. Aſcon. 3 *Verrina*. Et ita Baro in *d. L. pen.* Citat præco cum inclamat iam edictis ſolemniter evocatum. Ac convenit Ræv. *Protrib. C.* 2. confirmans ex Apuleio *Lib.* 10. Suet. *in Tiberio & L.* 28. § *pen. verbis:* ilque adeſſe negabitur (ſcilicet voce præconis poſt citationam) *de Fideic. libert.* Vulteios tamen *d. C.* 2. Citationem ita anguſte non accipi debere oſtendit, ſtatuitque Citationem generis verbum: cuius ſpecies ſint, in ius vocatio ad Prætorem, & Citatio ſpecialius dicta ad Iudicem datum. Quæ & in aliis differebant. Illa etiam propria auctoritate ut *h. C. N.* 14. Hæc non niſi ioſſu Iudicis præeunte: Illa ſæpius per privatum, licet, & per apparitorem petente adverſario fieri potuerit; hæc per præconem vel apparitorem: illa iuris experiundi; hæc facti diſceptandi cauſſa, &c. Et probat Val. Guil. Forſt. *Parat. ad h. t.* nec alienus videtor P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 4. Gilk. *ad Rub. C. h. t. n. 6. &* 7. Quorum uberior explicatio petenda ex Vulteio. Hoc enim diſcrimen, uti & *iuris* & *iudicii* ab uſu receſſit, non amplius vigente veteri dandorum Iudicum more. Etſi quadantenos adhuc ſuperſit, cum hodie præparatoria iudiciorum uſurpentur, quæ antiquitus in iure peragebantur, Vult. *d. Diſc.* 1. *p.* 27. Sed & DD. vulgo ignoratum eſt diſcrimen Iudicis dati & eius cui iuriſdictio delegata eſt, vid. *Lib.* 37. *C.* 23 *N.* 4. Eorumque dogmata in mores ac uſus pervaſerunt. Unde cum de pedanei citatione loquuntur, delegatum intelligunt, de quo *ſupra N.* 8. Denique Donellus noſter hic tractat non de quavis vocatione in ius vel iudicium, ſed ſolum de prima, principio ordinis iudiciarii: Quæ iuxta ritus antiquos, per naturam nulla fiebat a Iudice dato.

11) Ita & Donellus *ad h. t. C. n.* 10. Convenit A. Fab. *ad d. L.* 1. his verbis notari dubium iudicii exitum *L.* 51. *de pecul.* & aleam *L.* 12. *de ſta. hom.* quia quæſtio facti in arbitrio iudicantis. Facti autem interpretatio prudentiſſimos fallere poteſt. Dicitur & reus experiri vid. *Lib.* 17. *C.* 4. *N.* 5.

12) Ita & Don. *ad h. t. C. n.* 12. Supine Cuiac. *Par. C. h. t.* In ius vocare eſt, ait, trahere invitum ad Iudicem agendi gratia, & Gov. 1. *Var. Lect. ult.* eſt ad magiſtratum manu ducere. Etſi enim ita olim in ius ire nolens cogeretur infra *N* 14. quis tamen ambiget quin & qui ſponte veniebat recte vocatus diceretur *L.* 11. *h. t.* Neque ſemper vim coniunctam habuit *L.* 19. *L.* 21. *h. tit.* Certe vis verbi *vocare* plane alia ut *L. 3. §. ultim.* iunct. *L. ſeq. de teſtibus*. Quin adiuncta vocationi ductio quandoque, eamque ſequebatur, ni ſponte veniret anteſtatus. Quomodo Cuiac. & Govean. refellit Don. *ad h. t. C. n.* 11. & Petr. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 2. quia & Agell. 13. *Noct.* 12. prehenſionem, ſeu manu ductionem a vocatione differre docet. Cæterum hæc deſcriptio Donelli eſt primæ Citationis, actus iudicii præparatorii, quam & haut fere alia ſententia deſcribit, Weſen. *Par. h. tit. n.* 13. Quæ & univerſo Citationum uſui in quibuſvis actibus iudicii non convenit. Quin & olim Citatio quoque extra iudicium dicebatur vid. Robert. 3. *Sent.* 7. Vult. 1. *Diſc.* 2. *p.* 26.

denunciare adverſario, ut ſe ſiſtat iudicio ad eum qui ius dicit, iuris de re certa cum eo experiundi cauſſa.

V. Non eſt ſatis ad neceſſitatem veniendi in ius cuique imponendam ita vocationem eſſe, ut verbi ſignificatio & ſuperior definitio declarat. Vocationem talem quærimus quæ eadem iuſta ſit: ut ſcilicet adverſarius cum in ius vocabitur ita vocetur, ut ius præſcribit. In eo certæ res ſunt, [13] quas ius deſiderat: quarum quædam in ipſa vocatione inſunt: quædam extra vocationem ſpectantur, cum vocatione tamen ita coniunctæ, ut ſine his nulla ſit vocatio. In vocatione ipſa ut iuſta ſit, tria obſervanda ſunt. Ritus vocationis, Perſona vocati, Dies ad quem iubeatur iudicio ſiſtere qui vocatus eſt.

VI. Ritus vocationis olim nullus fuit, ſed licebat privato privatum cum quo iure agere vellet per ſe & ſua auctoritate in ius vocare, & quidem ita, ut vocatum niſi caveret iudicio ſiſtendi cauſſa, ius eſſet etiam invitum in ius ducere. Quod idoneis teſtimoniis compluribus probavit Duarenus [14] *lib.* 1. *diſp.* *C.* 1. In quibus

13) Vulgo Citationis tria extrema, ſeu partes ſtatuuntur. Præceptio, ſeu Commiſſio Iudicis: Executio nuncii, & eiuſdem Relatio. Maranta *Speculi P. 6. tit. de Citat. n.* 51. Mynſ. 6. *Obſ.* 10. *n.* 1. Weſ. *Par. hoc tit. n.* 13. Sed Vant. *de Nullit. ex def. Citat n.* 145 4. partes principales refert, addens formam, ſeu conceptionem. De reliquis vid. *h. C. N.* 15. *&* *N.* 19. Conceptionem, ſeu formulam hic paucis perſtringemus. Cuius 6. requiſita recenſent Maranta *p.* 6. *h. t. n* 63 Scaccia *Lib.* 2. *de Iud.* C. 32. Rosbach. *Tit.* 22. *n.* 17. *& ſeqq.* Gail. 1. *Obſ.* 48 *&* 5. *ſeqq.* Vant. *de Nullit ex def. citat. n.* 31 *& ſeqq.* Rulant. *de Commiſſ. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. Ayrer. *Proceſſ. P.* 1. *C.* 3. *Obſ.* 2 Weſ. *Par. hoc tit. n.* 13. Meland *Comm. Camer. P.* 2. *ſ.* 267. *& ſ* 278. *& ſeqq.* Videlicet: (1 . Nomen, Iudicis, *L.* 80. *de iudic.* tum ut ſciatur an competens, tum ut iuſſu eius factam appareat, itemque ut conſtet an ordinarius ſit vel delegatus. Quin errorem in nomine eius vitiare volunt, per *L.* 80. *de iudic.* Gail *d. Obſ.* 48. *n.* 23. Ayrer *d. loc. n.* 20. Vant. *d tit. n.* 48. Scaccia *d. C.* 32. *n.* 10. (2) Rei, vel citandi arg. *L.* 12. *& ſeqq. de except. rei iud. L. uni. C. Si per vim vel al. mo.* De quo & quid ſi plures citandi, ſi nomen ignoretur &c. præter Gail. 1. *Obſer.* 49. & modo relatos Frider. *de Proceſſ. extrab. Lib.* 1. *C* 6. *n.* 13. *ac ſeqq. Lib.* 2. *de Mand. iudic. C.* 60. *n.* 2. Veſtr. *Lib.* 4. *Poattica* C. 2. *n.* 2. Fr Herculan. *de Probanda negativa n.* 241. Mynſ. 5. *Obſer.* 50. Et quod conveniens cuique titulus tribuendus, Rulant. *d C.* 3. *n.* 4. Et quando demonſtratio falſa citati vitiet proceſſum in iudiciis, Leand. Galganet. *de Cond. & demonſtr P.* 2. *Cap.* 2. *Q.* 6. Quid in Univerſitate citanda ſervandum Gail. *d. Obſ.* 49. *n.* 6. *&* 7. Mynſ. *d. Obſ.* 50. Damhuder. *Praxi C.* 59. *n.* 19. *& ſeq* Gu. *Q* 321. Bover. *Sing.* 9. *n.* 20. Rosbach. *d. tit.* 21. *n.* 6 *& n.* 19. Monach. *Pract. P.* 3. *C.* 3. *n.* 20. *& ſeq.* Confer. Obrecht. *de Concip libell. C.* 11. *n.* 16. *& ſeq.* Nicol. Loſæ. *de Iure univerſit. P.* 2. *C.* 1. *n.* 63. (3) Actoris, vel citationem petentis, cum non, niſi ad eius inſtantiam decerni debeat, vid. *infra N.* 18. (4) Cauſſa, ob quam vid. *C. ſeq. N.* 1. (5) Dies, vid. *h. C. N.* 26. & (6) Locus, quo ſe ſiſtere debet, per *L.* 50 *de iudic. L.* 5. *C. Quom. & quan. iud.* Sine quo Citatio profuſoria & obſcura per *L.* 5. §. 1. *Quod vi aut clam.* Cum nec ſcire poſſit citatus ubi comparere debeat, & an is locus tutus & immunis, itemque an intra fines iuriſdictionis citantis. Quod in delegato indiſtincte obtinet ut loco non expreſſo Citationis nulla vis ſit, Maranta *P.* 6 *h. t. n.* 64. & ibi Foller. Vant. *d. tit. n.* 62. Gail. 1. *Obſ.* 52. *n.* 12. ac omnium ſententiam eſſe refert Scacc. *Lib.* 1 C. 32. *n.* 24 In ordinario vero etſi ſecus eſſe contendat Gail. *d. Obſ.* 52. *n* 13. idem ſtatuens in iis quibus tota provincia pro tribunali eſt, atque in aliis inferioribus, & fere Vant. *d t. n.* 64. Etſi item indiſtincte in ordinaria idem quod in delegatis ſtatuat Rulant. *d. C.* 3. *n.* 9 (lapſu forte pennæ potius quam certo iudicio.) Sicuti nec diſtinguit Ayrer. *d Obſ.* 2. 35. *& ſeq.* Verior tamen vulgata diſtinctio. Ut ſi ordinario certum & ſolitum tribunal, id licet non expreſſum intelligatur tamen, per *L.* 59. *de iud.* Sin ſecus, locus deſignandus, veluti, inquiunt, a rectoribus provinciæ, quorum loco hodie Principes, Comites &c. Quod tamen varie declarant, vid. Foller. *ad Maranta h. t. n.* 64. fuſe Sich. ad *L.* 5. C. *Quom. & quan. iud. n.* 3. *& ſeqq.* Locus autem hic oportet. (1) Ut ſubſit iuriſdictioni citantis, ſi ordinarius, per *L. ultim. de Iuriſdict. C. ſtatutum* 11. §. *in nullo* 3. *de reſc. in* 6. C. *penult. de off. vicar.* Marant. *h. t. n.* 131. Vant. *d. t. n.* 61. Gail. *d. Obſ.* 52. *n.* 21. vid. tamen Sichard. duobus modis limitans ad *d. L.* 5. *n.* 10. Sin delegatus, ſi quidem ei locus reſcripto aſſignatus, non debet ad alium citare, Scaccia *d. C* 32. *n.* 25 Rulant. *d. C* 3. *n.* 10. niſi ex cauſſa de qua mox, ſin minus eo loco iuſſua videtur iudicare quo ſolet ſine incommodo litigantium *tex. L.* 59. *de iudic* Vant. *d. loc. n.* 62. Nec nimis igitur ſit remotus aut diſtans ultra diei iter, vid. Scaccia *d. C.* 32. *n.* 34. Maranta *d. n.* 131. *per d. C.* 11. §. *cum vero* 1. *&* §. *cum a.* 2. *de reſcr. in* 6. (2) Ut ſit honeſtus, non ſi popina vel lupanar *L.* 21. §. *pen. de rec. arb.* Sich. *ad d. L.* 5 *n.* 9. Scaccia *d. C.* 32. *n.* 26. Ayrer. *d. Obſ.* 2. *n.* 49. & (3) Tutus, ut & ad præſentiam Iudicum poſſit ſecure venire citatus ut loquitur *C. ex parte* 47. *de appell.* & ſine periculo ibi verſari, libereque negocio expedito redire domum. Fac. *L.* 7. §. 6. *Quib. ex C. in poſſ eat. ten. clem* 1. *de foro comp. Clem. paſtoralis* 2. *de re iud. & ſimil.* Non itaque ſi contagio is infectus *C. ad ſupplicat.* 9. *de renunciat* vid. & Wurmſer. *Tit.* 6. *Obſ.* 5. Sebaſt. Medic. *de Caſibus fort. P.* 2. *Q* 6. *n.* 46. Atque ex hac cauſſa delegatus quoque is, cui certus locus aſſignatus, eum mutare poteſt; alio immuni electo Rulant *d. C.* 3. *n* 18 Non ſi ratione inimicitiarum, inſidiarumve citato ſuſpectus, aut ſi iniuriam Iudicis is iuſte veretur. Et exceptioni loci non tuti etiam locus poſt litem conteſtatam, vid. *ſupra Lib.* 22. *C.* 8 *N.* 28. Ac etſi quis ſemel comparuit nec oppoſuit, alia tamen vice & alio in actu opponi poteſt, Iac. Schult *Obſ. forenſ* 8. *n.* 9. Qua de re, uti & de fide publica, liberove acceſſu (vulgo ſalvo conductu & ſecuritate) citato conceſſo, quæ fragilis nonnullis cautio appellatur, per *L.* 66. §. 1. *ad Trebel.* conſule Gail. *d. Obſ.* 52 Scaccia *d. C.* 32 *n.* 26. *& ſeqq.* Ayrer. *d. Obſ.* 2. *n.* 38. *& ſeqq.* Rulant *d. C.* 3. *n.* 12. *& ſeqq.* Vant. *d. Tit. n.* 61. Ac præter hoſce & plures ab iis relatos Bover. *Singul.* 9 *n.* 7. *&* 8 Marſil. *Singul* 261. *&* 311 Schurff. *Cent.* 2. *Conſ.* 43. Petr. Premus *Tr. de Securit. promiſſa*, Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 109. *& ſeqq.* Menoch. *Arb. Ca.* 336. Moller. 2. *Semeſtr.* 1. Zanger *de Except. P.* 2. *C.* 5. Coler. *de Proceſſ. P.* 4. *C.* 1. *n.* 165. *& ſeqq.* Maſcard. *de Probat. Vol.* 1. *Concl.* 17. *&* 3. *ſeqq.*

14) Et ad *h. tit. D. C.* 2. *&* C. 6. Quam vim ſine adhibitam negant Rob. 3 *Sent.* 1 Vaud. 2. *Q* 25 & Forner. 3. *Select.* 12. ſcribens aliter perſuaſum eſſe iis, qui triviali interpretum opinione imbuti. Aſt abunde cum legis decem viralis auctoritate tum claſſicorum auctorum teſtimoniis, rationibus denique ex LL. noſtris adductis comprobant Ræv. *ad LL.* 12. *tab. Cap.* 5 *& ad L.* 108 *de R. I.* Cuiac. 7. *Obſ.* 10. *& ad L.* 48. *de V. S.* Petr. Gregor. 48. *Synt* 2. *n.* 23. Govean. 1. *Var. Lect. ult* Poll. 5. *Hiſt. fori* 1. Coraſ. *ad* §. *pœnales* 12. *I. de act. n.* 5. *&* 6. P. Nann. *Lib* 12. Miſc. C. 1. Ludov. Carrio. 2. *Emend.* 12. Lipſ. 4. *Epiſt.* *Q.* 26. Lambin. *ad Horat.* 1. *Satyr.* 9. *circ. fi.* Theod Marcil. *Legis* 12. *tab collectis & interpretamente C.* 1. Gruter. 7. *Suſpic.* 15. Speckh *Cent* 2. *Cl.* 4. *Q.* 10 Perrenon. 1. *Animadv.* 19. P Buſius *ad L* 1. *de in ius voc.* Vult. 1. *Diſc.* 1. *pag.* 16. *& ſeqq.* Gœd. *ad L.* 9. *& ad L.* 39. §. 2. *de V. S.* Et hi quidem ambo obiectis Roberti ſatis occurrunt Ad quos ne prolixior ſim, avidum antiquitatum Lectorem remitto. Hoc modo moneo, quod hi prætereunt, Legem illam 12 tab. uti pleraſque, decemviros ab Athenienſibus accepiſſe. Nam & apud illos ſine viatore rapiendi rei poteſtas actori. Demoſth *in Midiam* Guil. Poſtard. *de Magiſtrat. Athenienſ. C.* 25. *pag.* 537. *& ſeqq.* Ioach. Steph. *Lib.* 2. *de Iuriſd. Iudæ. Græc. &c. C.* 4. *n.* 3. *& C.* 9. *n.* 24. (Qui & *Lib.* 1. *C.* 9. *n.* 2. apud

Digitized by Google

hæc ſunt. Sic enim eſt apud Terentium in *Eunuch. act. 4. ſcen. 6.*

Si vim facit, in ius ducito......

Et in Phormion. act. 5. ſcen. 7.

.... *in ius ambula.*

Et paulo poſt

Rape hunc............

Apud Horat. lib. 1. Sermon. Satyr. 9. in extremo:

...... *Rapit in ius, clamor utrinque undique concurſus........*

Sed hic mos poſtea in uſu eſſe deſiit, ſive quod parum tutum aut humanum videretur rem tantam privati cuiuſquam libidini adverſus privatum civem permittere. Sive quod videretur eſſe æquius rem iuris experiundi cauſſa inſtitutam auctoritate [15] eorum tranſigi, qui ipſi iuri dicundo præeſſent. Quando id factum ſit incertum. Factum tamen conſtat ex ſcriptis iuris auctorum quæ exſtant in libris noſtris. Ex quibus intelligimus inoleviſſe iam olim hunc ritum vocationis, qui valuerit etiam Ulpiani & Pauli [16] temporibus ut vocaretur adverſarius per apparitorem auctoritate magiſtratus, qui ob id adiretur, ut adverſarium nomine vocantis, venire iuberet. Per viatores ideſt adparitores voca-

2 apud Hebræos quoque idem viguiſſe affirmat auctoritate, ait, ſacrarum litterarum. Sed locum non adducit. Cuius legis varians lectio. Marcil. *d. C.* 1. eam ſic reſtituit, ſenſu ut videtur integriori & aptiori. SI IN IUS VOCAT NEI IT, anteſtator IGITUR, id eſt, deinde, poſtea IM, id eſt, eum CAPITO, prehendito, abducitor. SI CALVITUR, id eſt, moratur & fruſtratur *L.* 233. *pr. de V. S.* Govean. 1. *Var. Lect.* 32. Hinc calvitas *L.* 29. *§ pen. Mand.* iuxta Hal. lect. a calvis inimicis ut apud, Non. Marcell. *de Propriet. ſerm. C.* 1. una lectio habet, qui fruſtratui ſunt, quod nullus iis ſit pilus, quo trahi rapive poſſint, ex ritu priſco prehendendi hoſtem capillo, ut ex Plaut Sueton. *in Nerone C.* 41. Virgil 2. *Æneid. &c.* probat Marcil. *d. C.* 1. Vel ut altera lectio habet a calvis mimis, qui raſi omnes & ridiculi ac fruſtratui omnibus in theatro, Marcil. *d. loc* Gœd. *ad d. L.*233. *n.* 2 PEDEMVE STRUIT, id eſt; ſi otioſe it, via pedem pedi præferens, ut Rævar *d. C.* 5 & Gæd. *ad d. L.* 9. *n.* 7. vel ſi fugam meditatur, ut Marcil. *d. C.* 1. MANUM ENDO IACITO, ideſt, iniicito. Et ita poteſtas data obtorto collo, ut Hieron. *Lib* 2. *Epiſt* ſeu adſtricta cervice, ut eod. ſenſu Iuvenal. *Sat.* 10. rapiendi, trahendi. Enimvero ſupinius Donellus hic dicit: *Ritus olim aullus.* Nam immo non niſi anteſtatio ſolemnis prius facta, abducere reum licebat, ut plerique omnes atque citati. Citra eam ſi raperetur, iniuriarum actio, ut Acron *Horatii interpres*, Lambin. *d. loc.* Coraſ. *ad d. §.* 12. *n.* 5 *&* 6 Cuiac. *d. C.* 16 Speckhan *d. Q.* 10. *n.* 5. & alii relati Niſi reus improbus eſſet ac inteſtabilis, ut fures ac lenones Quos ſine anteſtatione raptos probat, poſt Hopper. *Lib* 3 *de ar. arte*, Ræv. *d. C.* 5. per locos Plauti *Aulular.* 4. *Sc.* 10. *&* *Perſa* 4. *Sc.* 9. Ubi Saturio Dorpalo lenoni manus iniiciens, interrogatus anne anteſtaretur:

..... *Tanne ego tauſſs* (ait) *carnifex Cuiquam mortali libero aures atteram,*

Anteſtationis hic ritus: In ius vocaturus plerunque amicos ſibi advocabat, ut teſtes faceret recuſationis rei. Sic enim anteſtatos dictos putat Porphirion quod ante eeu teſtes advocentur, quam actor reum manu poſſit prehendere, Ræv. *d. C.* 5 Marc. *d. C.* 1. notans Cuiacium *d. Cap.* 16 volentem anteſtatum dici reum qui teſtato convenitur. Nam & *apud* Cai. 1. *inſt. tit.* 6. *§ ult.* Anteſtites qui emancipationi adhibetur. Horum uni, vel ſi nullus advocatus eſſet alicui de corona circumſtanti, libero tamen homini, dicebat acturus: *Licet anteſtari.* Hic ſi diceret *Licet*, auriculam porrigebat, ſeu ut Horat. 1. *Sat.* 9. opponebat petitori. Qui imam auriculam tertio pervellebat, repetita formula. *Memento*, quod tu mihi in hac cauſſa teſtis eris, Tum anteſtatus, *memini.* Auris enim memoriæ conſecrata, Plin. *Lib.* 11. *C.* 45. Eſt in aure ima memoriæ locus, quem tangentes anteſtamur. Quo alludit Virgil. *Bucol. Ecloga* 6.

...... *Cynthius aurem vellit & admonuit ......*

De quo ritu Rævar. & Marcil. *dd. locis* Gruter. 7. *Suſp.* 15. Lil. Gyrald. *Dialogiſmo* 9. *cir. fi.* (*Part.* 2. *Theſauri Critici Gruteriani*) Ludov. Carrio 2. *Emend.* 12. (*Parte* 3. *eiuſdem*) Fr. Mod. *nov antiq Lect. Epiſt* 17. Pollet. 5. Hiſt. *fori* 8 Lipſ 4 *Epiſt. Q* 2 26. Denique quod hic Donellus dicit *iua auctoritate* quomodo obtinuerit vid. *h. t. N.* 16.

15) Et ita noſtri ad quamvis Citationem commiſſionem ſeu iuſſum Iudicis requirunt, & ut de eo conſtet per *L.* 29 *§. ult.* verbis *a præſide evocato de minor. L.* 25. *Cod. de epiſc. & cler. L. ult. C. de exhib. reis. C. ex parte* 2. *de reſcript. & ſimil.* vid. Guido Pap. *Sing.* 82. *n.* 5. Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 24. Ant. *Praxi §.* 8. *C.* 1. Roſbach. *Proceſſ. Tit.* 22. *n.* 24. *& ſeqq.* Gail. 1. *Obſ.* 48. *n.* 12. Sigiſ. Scaccia *Lib.* 1. *de Iudic. cauſſ. civ. crim. &c. C.* 32. *n.* 7. Vant. *tit. de nullit. ex def. Citat. n.* 35. *& ſeqq.* Ayrer. *P.* 1. *C.* 3. *Obſ.* 2. *n.* 9. Meland. *Comm. Cameral. P.* 2. *f.* 277 Zobel. *P.* 1. *Diff.* 5. *n.* 2. *&c.* Hinc Quæritur quando hæc commiſſio præſumatur, & an quando viatori dicenti ſe ex mandato Iudicis citare fides habenda, & an ſpecialis commiſſio requiratur, an generalis ſufficiat? Iure Saxonum *Lib.* 3. *Art* 56. apparitori publico & iurato citandi ſine iuſſu ſpeciali Iudicis ad petitionem partis auctoritas, & ita uti ſcreant notat Zobel. *d. Diff.* 5. *n.* 1 diſcrimen a iure civili ſtatuens, Maranta *h. t. n.* 40. Roſbach. *d. t.* 22 *n.* 26. nuncio publico iure quoque civili ſine ſcriptis citanti credi debere per *C. cum parati* 19. *de appell.* Idque pluribus locis receptum dicit Gravat. *ad Pract.* Veſtrii *Lib.* 4. *C.* 4. *n.* 23 & Marant. *d. loc. n.* 51. in civilibus generali conſuetudine etiam ad inſtantiam partis irrequiſito Iudice nunc citare.) Quod in cauſſis levioribus admittit P. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 15. & in iiſdem Menoch. 2. *Præſ.* 24. ſi nuncius bonæ opinionis. Et quod nuncio de exſecutione quidem ut *h. C. N.* 19. aſt non iuſſu Iudicis referenti & teſtanti credatur, nec inde iure præſumatur commiſſio præceſſiſſe, niſi in actis ſcripta ſit, iure verius cenſet, etſi contra conſuetudines plurium curiarum habeant. Vant. *d. tit. n.* 40. *&* 42. & Gail. 1. *Obſ.* 54 *n.* 4. *&* 5. quia ſolemnitas hæc extrinſeca & de ſuo actu non de alieno nuncio creditur. Et confirmat Menoch. 2. *Præſumpt.* 24 add. Sich. ad *L.* 8. *C. Quom. & quan. iud. n.* 9. Ayrer. *d. P.* 1. *C.* 3. *Obſ.* 2. *n.* 10. *& ſeqq. & Cap.* 4. *Obſ.* 2. *n.* 15. *& ſeqq.* Scaccia *d. C.* 32. *n.* 8. Vaſq. *d. C.* 24 *n.* 2. Atque hoc ſane expeditum ſi in ſcriptis fiat citatio, ubi Iudicis ſubſcriptione & ſigillo munita ſit oportet. Scaccia *d. C.* 31. *n.* 8. *& C. ſeq. n.* 2. Io. Pels *Proceſſ. Tit.* 12. *n.* 128. Aſt ſi verbo fiat, nunciuſque ſit ad quemlibet vocandum conſtitutus, idemque iuratus, qui & certo ſæpe geſtamine cognoſcitur, merito fides ei habenda videtur, cum & vix facile in eum ſuſpicio falſi cadat. Enimvero & ipſe Iudex pro tribunali monere poteſt partem, ut hoc vel illo die ad iudicium veniat *L.* 2. *C. Quom. & quan. iud.* Quæ citatio & monitio Iudicis alia efficacior. De qua vide Matheſilan. ad *d. L.* 2. Maranta *h. t. n.* 48. *& ſeq.* Ioan. de Arnono *Pract. iudic. C.* 14. Meland. *Com. Camer. P.* 2. *f.* 277. *& ſeqq.* Sed & ſi nuncius citet, præſente & mandante Iudice, perinde eſt ac ſi Iudex ipſe citaſſet, ac effectus idem, quia non refert, an ore proprio moneat Iudex, an per alium Corſet. *Singul.* 36.

16) Ita & Don noſter *ad Rub. C. h. t. n.* 13. *& ad L. unam* 22. *de reb. cred. n.* 3. Ac Balduin. *in not. ad L.* 15.

vocationem tranſigi ſolitam declarant [17] ſportulæ, quas illi conventionis ideſt vocationis in ius nomine a reo exigere ſolebant. Non enim exigerent, niſi publica opera, & quam defugere non liceret in ea re uterentur. De his eſt in *§. tripli. Inſt. de act.* Adiri autem ſolitum prius magiſtratum, eiuſque auctoritatem in ea re præceſſiſſe liquido probant hi loci duo *L. cum proponas, C. de bon. aut. iud. poſſid.* & *L. diffamari, C. de ingenuis manumiſſ.* argumenta in ſcriptis Ulpiani, & Pauli hæc ſunt. Ulpianus in *L. ſi quis ex aliena, 5. D. de re iudic.* ſcribit, eum qui ex aliena iurisdictione in ius vocatus ſit ad prætorem, venire debere. Vocati enim eſſe *non contemnere auctoritatem prætoris*. Prius ergo hæc [18] auctoritas in vocatinne intervenerat. Paulus in *L. 2. D. ſi quis in ius vocat. non ierit.* ſcribit: ſi quis in ius vocatus ad prætorem, vel alios qui iuriſdictinni præſunt, non venerit ex cauſſa a competen'e iudice multa pro iuriſdictione iudicis damnari. Deliquit igitur, qui non venit, cum non ſit pœna niſi delicti coercitio. *L. aliud eſt fraus, D. de V. S* Nec pnteſt delictum eſſe, niſi in en, qund magiſtratus vocantis auctoritatem contempſit. Et hoc etiam [19] ritu noſtra ætate fere paſſim utimur.

VII.

15. *h. tit.* Iuſtiniani tempore exoleviſſe ignominiuſam illam ductionem. Modeſtius publica auctoritate miſſos viatures, qui in ius vucarent. Ac Coraſ. *ad L. 6. §. 2. de Rer. div. n. 12. & ad § pœnales 12. Inſt de act. n. 7. in fin.* ſine apparitore neminem vocari poſſe per *L. ult. C. de exhib. reis*. Et faciunt *LL. citata lit. praced initio*. Ac tempore Valeutis ac Theodoſii illum morem ſublatum fuiſſe, per *d. L. ult.* cenſet Andr. Scheffer. *Part. 1 Q. 25. n. 8* Verum Vult. *1. Diſcr. 1. pag. 23* viulentam tractionem Iuſtiuiani quoque tempore in uſu fuiſſe. Quæ eum alias ratio compoſitoribus iuris, ut Paudectas referrent, quæ ab uſu receſſeraut. Certo autem iudicum numero conſtituto *Nov.* 82. paulatim illam deſiiſſe & deſuetam putat, vel lege alicuius Imperatoris poſteriuris ſublatam. Plane tempore mediæ Iuriſprudentiæ quandoque viatores adhibitos una, ut non negaudum; ita tunc neceſſarium fuiſſe probari vix poteſt vid Rob. 3. *Sent. 1.* Vult *d. C. 1. pag.* 17 qui viaturis miniſterium tarius fuiſſe uſurpatum oſtendit. Enimvero & priſco quoque iure etſi ſua auctoritate trahebat actor veuire nolentem, nec ſatiſdantem; Priuſquam tamen vocaret, adeundus prætor libello dato, ut vadari reum liceret, id eſt, ita vocare, ut ni vadibus ſatiſdaret; anteſtatione prævia, mauus iniectiune ad Prætorem duceretur. Quod ſatis conſtat ea Plautu *in Aulular 2. Sc. 4.* ubi Euclio dicitur poſtulaſſe a prætore ut ſibi liceret milvium vadari. Et in *Curcul. 1. Scena 3. initio*. Horat. 1. *Satyr.* 9.

. . . . . . Caſu tunc reſpondere vadato
Debebat . . . .

Atque ex cauſſa prætor vadimonia differebat, Cic. *pro Quintio*. Plin. *Lib. 7. C. 53.* Iuvenal. *Sat. 3.* Eoque libello ſubuotatu a prætore veniebat ad reum acturus & anteſtabatur &c vid. Pollet 5. *Hiſt. fori* 1. Ræv. *ad LL. 12. tab. Cap. 5. pag.* 29. Hot. *ad §. 15. Inſt. de act. enunc.* 2. Atque hiuc locis hi a noſtro citatis & obiectis Ruberti aliorumque relatorum *ſupra N.* 14. initio ſatis commode occurri puteſt.

17) De quibus ut & de ſportulis iudicum, ratione item appellationis, aliiſque id genus vid. *tit. C. de ſportulis L. 12. §. 1. C. de prox. ſacr. crin. Lib. 12. tit. 19. L. ul. §. ult. C. de priv. ſchol. Lib. 12. t. 30. L. ult. §. 2. & 3. C de re milit. Nov 8. N. 17. C. 3. N. 82. C 7. & 9. N. 123. C. 28. & N 124. C. 3.* Cuiac. 12. *Obſ. 22. & in Nov. 53. p. m. 191. & in N. 82* Alc 3. *Diſpunct. 17.* Coraſ. *in d. § tripli 24. n 4. & 5.* Vult. *in § omnes 21. (ipſi 19.) & ſeqq. Inſt. de act. n. 15. & ſeqq.* Broidæ. *in Supplem. Hiſt. fori* Polletti *Lib. 5. C.* 11. Langlæ 6. *Semeſtr.* 2. Fopp. ab Æzema 1. *Diſſert.* 23. Parlador. 2. *Rer Quotid. C. fin. P. 6 LL. unico* Io. Garſia Gallecus de *Expenſis C. 21. n 11. & ſeqq.* Coler. *de Proceſſ. p. 3. C. 9. n 152. &c.* Quod a pauperibus ſportulæ unu exigendæ Tiraq *de Nobil. C 29. n.* 40. Mynſ. 4 *Obſ. 97. n.* 5.

18) Ad hoc Reſp. Vult. 1. *Diſc 1. p. 17 & eq.* ut contempta videatur auctoritas magiſtratus, ſufficere album ab eu propoſitum, etſi vocatio facta a privato, iure permittente. Verum & olim aditum libello prætorem verius videtur ut *h. C. N.* 16. Urut ſit hodie couſtat iudicem actoris libello adeundum, quo Proceſſum ſibi decerni atque adverſarium citari petat. Quæ ſupplicatio pro extrahendo proceſſu noſtris uſurpatur. In qua ſubſtantialia requiſita exquiſite contineri oportet Blarer. *in L. diffirmari, C. 5. n.* 4. Ut uno omiſſo vitio laboret, & proceſſus denegetur Meland. *Comm. Camer. 2. initio n. 1.* poſt Gail & alios. Ut & ſi ex eo conſtet actionem non competere Vult *ad pr. Inſt. de act. n.* 56. Et differt hæc a libello vero, quod etſi utrque controverſia exponatur, hæc tamen merita cauſſæ nun deducit, ſed ſummariam recenſitionem controverſiæ habet, petitione ſubnexa. Obtentaque citatione nullius deinde eſt effectus Meland. *d. loc.* Quu faciunt quæ habet Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 2. Ei quoque ſalutares clauſulæ libello adiici ſolitæ fruſtra acceduut Gail 1. *Obſ. 61. n.* 12 Iac. Schult. *Obſerv. forenſi n.* 16. De quo libello apte concipiendo &c. fuſe P. Frider *Lib. 1. de proceſſib. extrahendis* add Obrec. *Concip. libell. C. 4.* (ubi *n.* 4. pleriſque locis hodie ea ſimplici actoris petitiune reum citari) Speckhan. *Cent. 2. Cl. 4. Q. 9. n.* 2. generaliter quidem, aſt diſerte explicate cauſſam controverſiæ inſeri debere. Et ſine hac, vel ſine inſtantia ac petitione partis, emiſſa motu iudicis proprio Citatio nullius momenti per *L. 68. v. petat. de iudic. L. ult. ubi poſtulante C. de bon. aut. ind C. 1 v. petiiſſet extr. de iudic. auth. qui ſemel* verbis: *reo poſtulante C. Quom. & quan. ind.* ubi Sich. *n. 14. & ad L. 2. C. d. t. n.* 1. Buver. *Sing. 9 n.* 1. Marauta *h. t. n.* 115. Vaut. *Tit. de Nullit. ex def. Citat. n.* 44. Gail. 1. *Obſ. 50. n 3 & ſeqq* Menoch. 2. *Præſumt.* 23. ubi an & quando ad inſtantiam facta præſumatur) Scaccia 1. *de Iudic. 32. n.* 12. Ayrer. *p 2. Cap 3. Obſ. 2. n.* 27. Lauc. Conrad. *de Off prat. in tanſſ. civil. v. Citatio n.* 4. Fridet. *1. de Proceſſ 1. n.* 6. Ubi *n.* 8. exceptiones quatuor refert. Et duubus modis hanc regulam extendit, deinde 6. modis limitat Speckhan fuſius tractans, *Cent. 2. cl. 4. Q.* 8. quem adi ut & Meland. *Comm. Camer. Part. 2. f.* 279.

19) Qui ſi non ſervetur, Citatio nulla Veluti ſi quis Citationem parti per notarium Cameræ non immatriculatum inſinuari curet, Meland. *Com. Camer. P. 2. Membr.* 17. poſt Mynſ. 1. *Obſ.* 78. Tametſi & privato, adeoque ipſi parti Citationem a iudice committi poſſe cenſeat Maranta *h. t. n. 44. & ſeqq.* Monach. *Pract. P. 3. C. 3. n.* 4. Scaccia 1. *de Iudic. 45. n.* 11. Ubi *n.* 8. in Romana Curia ab auditoribus Rotæ dirigi Citationes univerſis abbatibus &c. clericis & notariis &c. ut quilibet tabellio eas exſequi poſſit. Cæterum ut hodie valida ſit Citatio ſpectatur eius tum conceptio. Cuius requiſita perſtrinxi *ſupra N.* 13. Quodque debeat fieri in forma ſolita & clauſula conſuetis, iuxta ſtilum Curiæ, alias ſuſpecta, vid Vant. *Tit. de Nullit. ex def. Cit. n. 75 ac ſeqq.* Ac licet voce etiam viatoris, ad iuſſum iudicis fieri poſſit, per *L. 49. §. 1. de rec. arb.* certis tamen caſibus ſcriptura neceſſaria. Quos 5. recenſet Scaccia 1. *de Iudic. 33. n. & ſeqq.* Maranta *h. t. n. 75. & ſeqq.* & Aſin. *§. 6. C.* 7 Præcipui hi (1) in iudice delegato, ut *h. C. N.* 8. (2) in Citatione ad domum ut *h. C. N.* 5. (3) in perſona illuſtri vel clariſſima, *L. quoties 17 C. de dignit. Lib 12. t.* 1. Scaccia *d. n.* 3. Aſin. *d. L.* 7 Mar. *h t. n.* 76. uti & Epiſcopo & Cardinali, Ant. Del Re *de Iuram. cal C. 15. n. 351. & ſeqq.* Hinc Nobiles itemque Doctores ſcriptis, non verbo vocari debere receptum eſt. Guido Pap. *ſing. 82. n,* 7. Corſet. *Sing.* 53. Tiraq. *de Nobil. C. 20. n.* 187.

Hart.

VII. Perſona non quævis idonea, quæ in ius vocetur, ut quidem qui vocatur, cogatur parere. Omnes vocari poſſunt niſi ſi quæ excipiantur. Exceptæ ſunt autem certæ quædam edicto prætoris de in ius vocando. Et quod de his obſervare liceat, earum ille duos ordines fecit. Unus eſt eorum, quos pro tempore in totum vocari vetat. In quo numero excepit magiſtratus populi Romani qui [20] annui erant: item eos qui neceſſario aliquo detinentur, quo minus id honeſte omittere poſſint: ut ſunt: qui uxorem ducit, quæ nubit, qui funus familiare proſequitur, & alii nonnulli, qui enumerantur in [21] L. 2. 3. 4. *D. de in ius voc.* quibus in locis

Hart. Hartm. *Miſs. Obſ. C.* 1. *Obſ.* 4. *n.* 3. Rosbach. *Tit.* 23. *n.* 3 tum expeditio, Quæ continet inſinnationem, vel ut vulgo exſecutionem, quæ vel ab ipſo iudice fit, ſed rarius, nec fere niſi iudicio adſit is quem alius citari petit ut *h. C. N.* 15. vel a viatore, eove cui iudex commiſit. De cuius inſinuationis modo & quomodo primum perſona perquirenda, ea non inventa quid ſervandum &c. quia abrumpere oportet, remitto ad Gail. 1. *Obſ.* 54 *& ſeqq.* Mynſing. 1. *Obſ.* 77. *&* 2. *ſeqq.* 3. *Obſ.* 90. 4. *Obſ.* 54. 5. *Obſer.* 51. *&* 6. *Obſ.* 10. Meland. *Com. Cameral. P.* 2. *Membr.* 17. *ſ.* 281. *& ſeqq.* Pet. Greg. 48. *Synt. n.* 20. *&* 2. *ſeqq.* Blaser. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 107. Ayrer. *Proceſſ P.* 1. *C.* 4. *Obſ.* 2. Lanc. *de Aſſens. P.* 2. *C.* 4. *Præfat n.* 103. *& ſeqq.* exacte Sigiſ. Scacc. *Lib.* 1. *de Iud. cauſſ. civ. crim. &c. C.* 45. & relationem exſecutoris. Cum enim facti ſit Citatio regulariter non præſumitus, Menoch. 2. *Præſumpt.* 22. Monach. *Pract. P.* 3. *C.* 7. quo die inſinuaverit, quid citatus reſponderit, per *L.* 5. §. 1. *Quib. ex cauſſ in poſſ. Ord. Cam. P.* 1. *tit.* 38. item quem modum exſecutionis ſecutus ſit, an ipſum citaverit reum, an eo perquiſito nec invento ad domum &c. De quo fuſe Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 48. Aſin. *Praxi* §. 9. Marant. *h. t. n.* 54. *& n.* 127. Lanc. *d. C.* 4 *Præfat. n.* 125. *& ſeqq.* Damhuder. *Praxi civ. C.* 63. Et hæc relatio in actis conſignanda ut de ea, appareat, Gail. 1. *Obſ.* 54. *n.* 7. Quod tamen & actuarius abſente iudice expedire poteſt, Mynſ 6. *Obſ.* 10. *n.* 10. Scacc. *d. C.* 48. *n.* 18. Atque huic relationi nuncii plerumque creditur, cumprimis quoad ea quæ ipſi commiſſa, haud æque de aliis, ut ſi dicat citatum in ſe iniurium fuiſſe & contumelioſum. De quo vid. Tiraq. *de Retr. lig.* §. 8. *Gl.* 9. Menoch. *Caſ.* 112. *& Adip. poſſ. Remed.* 4. *n.* 92. *& ſeqq. &* 2. *Præſumpt.* 25. *ac ſeq.* Iacob. de Arena *Tr. de Bannitis n.* 13. Vaſq 2. *Contr. uſu freq.* 24. Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. QQ.* 133. *n.* 10. Blaser. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 50. *& C.* 6. *n.* 106. *& ſeqq.* Aſin. *de Exſec.* §. 7. *C.* 279. *n.* 9. *&* 10. ac fuſe *Praxi* §. 9. *C.* 2. *& ſeqq.* Gail. 1. *Obſ.* 54. Mynſ. 6. *Obſ.* 10. Marant. *h. t. n.* 23. Ayrer. *Proceſſ. p.* 1. *C.* 4. *Obſ.* 2. & alii. In Gallia non credi niſi teſtes adhibiti, P. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 8 Aſt iure Saxonico Landr. *Lib.* 1. *Art.* 8. relatio nuncii vim habet duorum teſtium, Monach. *Pract. p.* 3. *C.* 8. *n.* 10.

20) Secus in perpetuis item municipalibus, & minoribus quoque Romanis vid. *ſupra Lib.* 17. *Cap.* 4. *n.* 24. *N.* 21. *& C.* 5. *N.* 5. Nam & in *d. L.* 2. vocula *ceterve* non tam coniungit quam interpretatur, Charond. *de Iuriſ. n.* 15. Et ratio huius iuris, non in violenta manus iniectione olim frequenti, de qua *ſupra* ut A. Fab. *ad d. L.* 2. Potuiſſet enim ipſa vocatio relinqui, reſtricta illa violentia, ſed quia eo tempore nec conveniri poſſunt ut *d. C.* 5. *n.* 8. Idem ius ſtatuit Zaſ. *ad d. L.* 2. *n.* 3 in decurionibus civitatum ſuperiorem non profitentium, ſi ad tempus electi. Aliud autem ſi, durante licet magiſtratu, citetur ad diem finiti officii, Zaſ. *ibid.* & Coſtal. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 7. *n.* 6. Item ſi gravius deliquerit in officio ut *h. C.* 5. *N.* 5. & fac. *Nov.* 8. *C.* 10. *N.* 86. *C.* 4. Zaſ. *d. loc.* Duar. *h. t. C.* 3. belle Speckh. *d. Q.* 7. *n.* 9. *&* 10. Moribus noſtris quia magiſtratus fere perpetui, ceſſat quidem omnimoda exemptio, Duar. *d. C.* 3. *per L.* 2. *C. Ubi Sen. vel clar.* Trentac. *Lib.* 2. *Pr. Reſol. Tit. de Citat. Reſol.* 1. *n.* 5. Aſt venia impetranda ab actore, cum parentum loco ſint, *Nov.* 8. *C.* 8. *& C.* 10. §. 2. Fac. *L.* 2. *ibi quoties C. Ubi Senat. vel clar. & per L.* 13 *h. t.* Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 41. *p.* 37. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 54. *n.* 5. Weſ. *Par. h. t. n.* 6. Sneidvin. *in* §. *pœnales* 21. *Inſt. de act. n.* 44. Diſſ. A. Fab. *ad L.* 13. *h. t.*

21) Quia vero *d. L.* 2. in ſingulis partibus varientes paſſa eſt interpretationes, eas excutere ſingulatim libet. Ait Ulpian. NEC vocari oportet) *Pontificem dum ſacra facit.* Hunc Accurſius & veteres exponunt Epiſcopum, aut Sacerdotem dum miſſam canit. Quod ceu a mente auctoris Ulpiani alienum merito notat Coraſ. 1. *Miſ.* 10. *n.* 3. cum Ulpianus capita Chriſtianæ religionis neſciverit, eiuſdem infenſus hoſtis, teſte Lactant *Lib.* 5. *Inſtit. Cap.* 11. Forcat. *L.* 1. *de Gallor. imperio & philoſ. p.* 59. Cuius veſtigium extare volunt in *L.* 1. §. 2. *de extr. cogn.* Ubi per verbum *impoſtorum* (pro quo Alciat. 2. *Pareg.* 23. repoſuit *in poſterum* nullo ſenſu, nulla ratione, ait A. Gent. *ad L.* 4 *C. de malef. & mathem.*) item *exorcizavit* Chriſtianos perſtringi cenſet Goth. *ibid.* Duar. *L.* 1. *de SS. Eccleſ. miniſt. C.* 14. Borch. *de Feud.* 6. 5. *n.* 14 Io. Georg. Gœdelman. *Lib.* 1. *de Magis C.* 6. *n.* 24. Et de cultu gentilium ſacrorum Ulpianus loquitur ac Pontificibus Romanis qui ſacris & cærimoniis præerant, vid. Cicer. *pro domo &* 2. *de LL.* Valer. *Lib.* 1. *C.* 1. Halicarn. *Lib.* 2. Quorum item auctoritas magna in actionibus & iudiciis dandis *L.* 2. §. 6. verſ. *omnium de O. I.* vid. Coraſ. *ad d.* §. 6. *n.* 12. *& ſeqq.* Briſſ. 1. *Antiq. ult.* Obrecht. *de Concip. libell. C.* 7. *n.* 8. *& ſeqq.* Qui primitus a Numa Pompilio inſtituti quatuor eiſque præfectus Pontifex Max. cuius officium deſcribit Liv. *Lib.* 1. add. Plutarch. *in Numa* poſtea alii adiecti vid. Coraſ. *d. C.* 10. *n.* 13. Quos Varro 4. *de Ling. Lat. a ponte & facio* dictos ſcribit, quia ab illis pons ſublicius, totus ligneus, & ſacer æſtimatus, extructus & pluries refectus. Atqui is Tiberi ſub Anco Martio, qui 33. annis poſt Numam regnare cœpit, impoſitus ſcribitur, Halic. *Lib.* 3. Quare aut generatim a cura conficiendorum reficiendorumque pontium ea appellatio, quod ſacris illi inſervirent, & ut qui cis ac trans Tiberim habitarent commodius in templa Deorum convenirent ut ex Onuph. Panvinio *in Civit. Romana f.* 129. *& ſeqq.* Ellychnius Gottheb. *Lib.* 1. *de Monsib. Pietat. Romanenſ. C.* 1. Aut rectius etymon Q. Mutii Scævolæ teſte Feneſtrella *Lib.* 1. *a poſſe & facere*, Gilb. Reg. 1. *Enant.* 28. Forcat. *Lib.* 6. *de Gallorum imperio & philoſoph. pag.* 866. Non quia maxima eorum poteſtas, iuxta vulgarem ſenſum verbi *facere*, ut Coraſ. *d. n.* 13 ſed quia *facere* apud Plaut. Cic. Virgil. &c. alioſque paſſim eſt ſacrificare. Sane ex mente Iuſtiniani doctrina Accurſii obtinet. Cum & de quibuſvis Clericis ita cautum ſit *L. omnes* 33. *pr. L. de Epiſc. & Cler. &c.* Hinc *Lib.* 2. *Paratitlor. antiquor.* edit. a Leunclav. Ita citatur hæc lex: in ius vocare Sacerdotem non oportet, dum ſacerdotale munus obit. &c. Nec eos qui propter loci religionem ſe movere non poſſunt, Ita & legitur *d. Lib.* 2. *Paratl. tit.* 2. Etſi Rævar. 1. *Var.* 6. legat *ſemoveri* intelligens eos qui ad aras Deorum vel aſylum confugiunt. Unde loci religione ſemoveri, id eſt, inviti abduci & in ius rapi nequeant, Cic. *Orat. pro domo* Plaut. *Rudente Act.* 3. *Sc.* 2. Sed notatur a Cuiac. 13. *Obſ.* 29. (cuius rationes percenſet Goth. ad *d. L.* 2.) & Elb. Leonin. *Lib.* 1. *Emend. C.* 20 *n.* 2. *&* 3. Quia, ait, etſi aſyla fuerunt perfugia ad ſecuritatem, non tamen hic de ea agitur delinquentium ſecuritate, qui ad pœnam evitandam aram aſylumve occupant, ſed qui ob religionis dedicationem commorari loco aliquo tenentur ut olim Flamines Diales, Virgines Veſtales & qui ſacerdotium ita nacti ut diſcedere nequeant ut *L.* 13. *de muner.* Qui nec ſi velint inde abire poſſunt, cum qui ad aſylum confugerunt, poſſint. Et de Veſtalibus quoque Ulpianum exaudit Zaſ. ad *d. L.* 2. *n.* 13. *& in Par. h. t. n.* 4. qui & templorum cuſtodes intelligi poſſe, de quibus *L. annua* 20. §. 1. *de ann. leg.* Marcus Lycklama 7. *Membran.* 22. de talibus exponit quales apud Gallos etiamnum tempore Ulpiani Druidæ fuerint, propter nemorum, lucorumque quos incolebant religionem. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 18. nullos alios intelligi quam qui ſacris intererant. Quibus ante diſcedere fas non erat, quam cærimoniis omnibus peractis ſacerdos ſucclamaret illud I. LICET. De quo confer Taubman. *Epidico Plauti* 5. *Sc.* 2. Quod placet Eberhardo Speckan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 5. *n.* 7. diſplicet Leonino *d. C.* 20. *n.* 4 quod Ulpianus ſeparatim duobus articulis tractet de ſacra faciente, & iis qui loco ſe movere nequeunt. Quodque loquatur de iis qui perpetuo excuſantur. Accedit quod hæc L. tota non ad locum

Digitized by Google

cis & de toto hoc ordine comprehenſum eſt. Alter [22] ordo eſt eorum, quos concedit quidem in ius vocari, ſed non aliter quam permiſſu ſuo: quo in numero ha-

eum relata, unde vocari invitum non licet, alias addidiſſet Ulpianus *nec de domo ſua*; ſed tractat de perſonis & tempore quo non licet. Cuiac *d. C.* 29. Accurſ. & DD. antiqui Monachos & Eremitas exponunt. Quibus ſuffragitur *Synopſis Baſilic. Lib.* 7. *tit.* 8 ubi Græc. verbum *ἀναχωρητῶν*, unde Anachoreta Speckhan. *d.* Q. 5. *n.* 5. itemque Græc. ſcholion quod refert Leunclav. *Lib.* 2. *Notat.* C. 9. Neque hoc inconveniens menti Iuſtiniani, cum is monachorum cauſſas, non niſi per abbates apud epiſcopos agitari velit *Nov.* 79. C. 1. ideoque ipſi Monachi non citandi, Nec dicendum hæc verba Triboniani eſſe ut Duar. *h. t.* C. 3. de monachis idem accipiens. *Sed nec eum qui equo publico in cauſſa publica tranſvehatur.* Quis hic? Accurſ. & congeneres præconem interpretantur miſſum ut publice decreta procinat Unde Bart. *hic n.* ſe vigore huius legis præconem ob æs alienum captum liberaſſe. Budæ. & Zaſ. *hic n.* 16. ac Arn. ab Haerſolte *Act.* 8. *n.* 10. *& ſeq.* Tranſvectionem equitum intelligit a Fabio Max. inſtitutam, quæ fiebat Idibus Iulii per Urbem, de qua Liv. *Lib.* 9. *in f.* Valer. *Lib.* 2. C. 2. Trabeatos ait, equites Idibus Iulii Q. Fabius tranſvehi inſtituit. Et paulo poſt equitum probationem vocat. Quam tranſvectionem Auguſtus diu intermiſſam reduxit, nec detrahi quenquam in tranſvehendo ab accuſatore paſſus eſt, Sueton. *in Octav.* C. 38. Hæc cum fieret ab æde Honoris vel, ut alii, Caſtoris, in Capitolium, Plin. vel Cornel. Nepos *Lib. de Viris illuſtr.* & Halic. *πομπὴν τῶν ἐχόντων δημόσιον ἵππον* vocans inde Ræv. 2. *Var.* 15. & Cuiac. 13. *Obſ.* 29. *ac* 21. *Obſ.* 9. *& ad L.* 48. *de V. S.* pro *in cauſſa publica* reponunt *in Capitolium*. Et notis deceptum Tribon. putat Rævardus dum ſcriptum ita IN CAP. acceperit ac ſi eſſet IN CA. P. Hot. *Obſ.* 21. legit: *in cenſu publico* ad eam tranſvectionem referens, de qua Plutarch. *in Pompeio* & Feſt. *Lib.* 3. *&* 8. eum ad Cenſores in foro curuli inſidentes Equites Romani poſt militiæ ſtipendia tranſirent, rationem militiæ, quibus ſub ducibus meruerint, curationis item equorum illis reddentes. Unde cenſebantur, & ſi quis equum parum nitidum habere viſus erat, impolitiæ notabatur Agell. 4. *Noct.* 12. Sed hos notat ac receptam ſcripturam tuetur Perrenon. 1. *Animadv.* 17. Et immo tempore Ulpiani utraque illa tranſvectio exoleverat. Quin diu ante equitibus non equus de publico amplius præſtabatur, uti primitus equitum nomen in turmis equorum publicorum ſubſiſtebat, Plin. *Lib.* 33. C. 1. ſed proprio, maiore in pecunia ſtipendio accepto, vehebantur, Coraſ. 1. *Miſc.* 11. n. 3. Qui de veredario locum accipit, quem Cic. *pro Quintio* volucrem nuncium, vulgo *einen Poſtreiter* vocamus Nam & olim equi ſumptu publico alebantur, ut ſi quid ſubiti negocii incidiſſet, illis ſubinde mutatis, cito nuncius veheretur. Qui equi veredi dicti *L. ultim.* §. 21. *de muner.* Coraſ. *d. loc. n.* 4. Et ita quoque Mynſing. *in Addit.* ad Zaſ. *hic lit.* B. & Hennequin. *in not.* ad Accurſium *hic.* Et convenit verſio Græca *τοῦ διὰ δημοσίαν χρείαν ἐλαύνοντα τῷ δημοσίῳ δρόμῳ*. Ac confirmat Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 19. *n.* 4. *ex tit. Cod. de Curſu publ. Lib.* 12. *t.* 51 Legibus enim cautum erat ne cui iter facere fas eſſet, ſine evectionis diplomate, ſeu Principis permiſſu ut d. *tit. paſſim*. Cuiuſmodi codicilli denotantur per diploma in *L.* 137. §. 2. *de V. O.* ut Don. *ibid. n.* 10. & huc accommodat Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. Q. 6. *n.* 5. Recte Marq. Freher. 2. *Paregr.* 18. Leonin. 1. *Emend.* 20 *n.* 6. *&* 9. Tranſvectionem hanc latius accipiunt de omni, qui ob publicam cauſſam equo publico, ſeu veredo, vehitur, magiſtratus ſit, an privatus; civis an peregrinus; & legatus ſorte vel evocatus; ſive evocatus ad Principem iter faciat, ſive ab eo dimiſſus diſceſſerit. Sive ea cauſſa recognoſcendi exercitus ſive alia quacunque publica. Neque enim ſolemnitatem tranſvectionis reſpicit Ulpianus ſed ea generali ratione generaliter definit. Neque tam equus ipſe hic præbet excuſationem, quam cauſſa publica, cui is ſubſervit. Unde quin idem ad recenſitionem & recognitionem equitum ad militiam hodie frequentatam, vulgo die *Muſterung*, trahi poſſit via dubium eſt, Old *Cl.* 1. *Act.* 4. *p.* 38. Confer de equo publico Sigon. 2. *Emend.* 68. *Nec qui uxorem ducat aut eam quæ nubat* Neque enim in ea feſtivitate vexari & moleſtari convenit, Old. *d. Act.* 4. *pag.* 38. Hinc noſtri, nec eum qui Doctoræ inſignibus decoratur durante pompa, Zaſ *hic & in Par. h. t. n.* 6. Rosbach. *Proceſſ. tit.* 6. *n.* 9. Monach. *p.* 3. C. 3. n. 13. Quid in iis qui Nuptiis interſunt? Sunt qui nec hos poſſe citari arg. *L.* 3. *h. t.* ut quod ibi commiſeratio, hic communio gaudii efficiat, Ilico Umm. *Diſp. Proceſſ.* 5. *Th* 6. *n.* 29. Puto neceſſitatem ſtatim ſequendi ad iudicem bis merito remitti. Aſt quin denunciari vel inter epulas poſſit, ut ad alium diem ſe iudicio ſiſtant via eſt quod impediat, etſi novi nupti ab hoc quoque immunes ſint. *Nec dum quis apud Prætorem, cauſſam agit*, niſi ad maius auditorium vocetur, per *L.* 54. §. 1. *de re iud.* id eſt, ad prætorium Principis, (etſi aliter exponat Donellus *in Commentar. eiuſd. L* 54. §. 1. Confer. Gu. Pap. Q. 276. Et hunc neceſſitas excuſat *L.* 4. *pr. h. tit.* Unde Barr. & alii hoc ad carceratum extendunt & Cuiac. 7. *Obſ.* 16. ac Gœdd. *ad L.* 48. *de V. S.* n. 1. compeditum ac vinctum nec ſequi nec duci poſſe antequam ſolvatur. Sane ea hac cauſſa reſtitutio in integrum datur, vid. *ſupra Lib.* 21. C. 5. *n.* 13. *N.* 8. Aſt citari poſſe ut Procuratorem mittat vult Iaſ. *in d. L.* 2. *n.* 10. Vide ſis Coler. *ad* C. 1. *cert. dueth* 8. *de Excep.* n. 33. *Neque funus ducentem familiare iuſtave mortuo facientem* Hic quoque Accurſius fluctuat, notans aliis libris legi *iuſta* exponens obſequia: ut lavare corpus, aliis *buſta*, id eſt, combuſtiones, quaſi veſtigium hic ſit moris comburendi cadavera. Sed recte *iuſta* hic & *L.* 20. §. 1. *de acq. her.* Zaſ. *in d. L* 2. *n* 38. Quo ſignificantur exſequiæ & funerum ritus, Coraſ. 1. *Miſc.* 12. Iac. Concenat. *Lib.* 2. Q. C. 9. *n.* 41. Operationes item, ac feriæ denicales Cuiac. 13. *Ob.* 29. (qui & apud Ovid. 4. *Triſt* & Statium *Lib.* 6. pro *buſta iuſta* reponit Quod tamen neceſſe non eſt.) Hinc funeſta familia a tempore mortis *L.* 28. §. *ult. de ſtip. ſerv.* ubi Goth. Varr. 4. *de Ling. Lat.* Cuiac. 6. *Obſerv.* 31. De quibus exſequiis, parentalibus & feſtis feralibus conſulat harum rerum avidus præter citatos ſupra *Lib.* 4. C. 1. *N.* 4. *& ſeq* Coraſ. *d.* C. 12. Rævar. 5. *Var.* 3. Chaſſanæ. *Catal. gloriæ mundi Par.* 2. *Conſid.* 5. *& ſeq.* P. Vanderan. *de Privileg credit.* Q. 3. Lipſ. 1. *Elect.* 6. Marq Freher. 1. *Pareg.* 23. Turneb. *in* 2. Cic. *de LL.* Goth. *ad Pragm.* 12. *tab* 10. Meurſ. *Lib. ſing. de funere* Io. Kirchmann. *Lib.* 4. *de Funeribus.* Plane a Novendialibus feriis, dictus non tam quod novem dies celebrarentur, quam quod nono poſt mortem die completis ad tumulum ſolemnibus funeri finis fieret, Kirchm. *Lib.* 4. *de Funer* C. 1. ortum idem traxiſſe putat, quod heredes & propinqui intra 9. dies inquietari & in iudicium vocari vetantur *Nov.* 115. C. C. 5. ubi Goth Zaſ *ad d. L.* 2. *n* 34. Quorum in locum moribus patriis ſuffecti 30 dies iuxta gl. Landr. *Lib.* 1. *Art.* 22. Qua de re poſt alios And. Scheſſet Q. *pract.* 3. *p.* 2. iſtud declarans & reſtringens, quem adi. In Gallia 40. dies teſte Chaſſanæ, *d. Conſid.* 5. Sicuti & Græci hodie ceu ex *Turco-Græcia* Martin. Cruſii refert Phil. Camerar 1. *Op ſucciſiv.* 10. trina recordatione mortuis iuſta perſolvunt. Tertia die, qua faciei agnitio perditur: Nona qua totum corpus diffluit præter cor, & Quadrageſima qua ipſum cor perit. Alii autem reſpici eo volunt ad Servatoris Reſurrectionem, Apparitionem & Adſcenſionem &c. *Vel qui cadaver proſequuntur L.* 3. *h. tit* id eſt, qui funus comitantur, ut recte Bart. & Old. *Cl.* 1. *Act* 4 *p.* 38. etſi diſſ. Coraſ. 1. *Miſc.* 12. n. 8. quia *Nov.* 115. C. 5. de ſolis conſanguineis loquitur. Sed longe alia ratio. Hic de vocatione ſermo eſt ipſo tempore quo fiunt exſequiæ, unde avocari quemcunque incivile eſt. Quo facit quod Rævar. *ad L.* 138 *de R. I.* differre hæc: Facit, ait, funus qui indictum pompa funebri præcedente ducit. Iuſta facit qui ſacrificio rite peracto glebam inicit: Exſequitur funus, ſeu exſequias frequentat, qui cadaver, ſeu funus ſequitur. Cæterum *d. L.* 3. refellit putantes *cadavera* tantum dici beſtiarum, non hominum, vid. Ioſeph. Caſtalio *Decade* 10. *Obſerv. in Centeos* C. 8 Subditur *L.* 4. *h. tit. Nec furioſos vel infantes*. Sed eorum tutores vel curatores Pupillus maior infante etſi ipſe citari poſſit, non tamen ſolus ſed cum tutore, & ſi is deſit, coniuncti citandi. De quo vid. Tiraq. *de retr. lignag.* §. 1. *gl.* 13. n. 16. *& ſeq.* Pinel. *ad L.* 1. *C. de bon. mat. p.* 2. *n.* 67. Mynſ. 2. *Obſ.* 35 A. Fab. C. *quo h. t defin.* 3. In his autem qui iure civili vocari vetantur quia pœna LL definita non eſt (uti in iis qui iure prætorio in *N. ſeq.* Iudex pro arbitrio eam ſtatuit, Hærſolte in *Adverſariis Act.* 29. *n.* 12. Sneidv. *in* §. *pœnales* 12 *I. de act.* n. 34. Old. *Cl.* 1. *Act.* 4.

22) Quod ius cum in multis dubietates habeat, ſtrictim exponemus. Generaliter autem ſine venia non vocandi quibus

Digitized by Google

habet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronæve, de quibus in *L.* 4 & ſeqq. *D. de in ius voc.* Adde & alios nonnullos, de quibus eſt

bus reverentia præſtanda eſt *L. generaliter* 13. *h. tit.* Hoc autem nec nimis late accipi convenit de quibuſvis honorationibus Quomodo Tiraq. *Præfat. de iure primig. n.* 108. nec ſenes ita vocari iuxta *Gl. d. L.* 13. Nec nimis ſtricte de ea reverentia quæ iuris neceſſitate debetur ut Duar. *ad h. t. C.* 4 Sed quæ naturali ratione debetur *L.* 3. *C. h. t.* non communi aliqua, ex qua ſenibus honor habendos, de quo præter alios A. de Guev. *Horol. Princip. Lib.* 3. *C.* 19 & Beuſt. *ad L.* 15. *de iurei n.* 13. ſed propria & cui peculiari ea cauſſa coniunctionis, neceſſitudinis & beneficii accepti inter vocantem vocatumque locus eſt. Tales ſunt (1). Parentes veri, *L.* 4. §. 1. utriuſque ſexus *d. L.* 4. §. 1. *D. L.* 3. *C. h. t.* etiam naturales *L.* 6. ut mater quæ vulgo concepit *L.* 4. §. *ult. L.* 5 & pater qui in ſervitute ſuſcepit, libertate donatus *d.* §. *ult.* cuiuſcunque gradus, cum parentes dicantur adſcendentes in infinitum *d. L.* 4. §. 2. *L.* 10. §. 9. *h. t.* etſi uſque ad tritavum proprio vocabulo nominentur & ulteriores maiores appellentur *L.* 10. §. 7. *de gradib.* Ubi vocabulum *proprio* non opponitur *improprio* quaſi ulteriores improprie parentes, ſed *communi* ut idem ſignificet quod ſpeciale. Quaſi dicat veri quidem ſunt parentes & hi ulteriores, ſed ſpeciali nomine carent, quo tamen inferiores & ab illis & a ſe invicem diſtinguuntur Walth 1. *Miſc.* 20. Connan. 10. *Comm.* 1. *n.* 4. Pac. 1. Q. 63. Hennequin. *in not. ad* Accurſ. *d.* §. 7. Vel. Guil. Forſt. 1. *Obſ. ſucceſſ. C.* 8. Gœd. *ad L.* 51. *de V. S. n.* 3. *&* *ad L.* 56. §. 1. *n.* 7. Nec dicendum Iuriſconſultis non conveniſſe, & diſcrimen *d.* §. 7. ex ſententia Caſſii *d.* §. 2. *a.* §. 9 ſublatum eſſe ut Val. Forſt. 4. *de Succeſſ inteſt.* 2. *n.* 9. Sane, ut nunc eſt ætas hominum via eſt ut quiſquam tritavum videat, nedum remotiorem. Atque hoc non ex poteſtatia iure deſcendit, ſed ex obſequio & honore iure naturæ debito *L.* 2. *de Iuſt. & iur.* Cuiac. 10. *Obſ.* 10. Unde filio ſemper honeſta & ſancta perſona patris *L.* 9. *de obſeq. par.* ut & matris, cui pietas æqua debetur. *L.* 4. *de Cur. fur. L.* 7. *ult. unde lib. L.* 1. §. 1. *&* 2. *de obſeq par.* Merito cum & Ariſtot. 9. *Ethic.* 2. parentibus exhibendum τιμὴν καθάπερ θεοῖς. Qui ut Plato *Dial.* 11. *de LL.* Deorum ſimulachra; ut Hierocles *Lib. de Offic. liberor.* Deorum imagines certiſſimas, [illegible]. Et ut Cicer. *pro Plancio*, Parens non molto ſecus liberis, quam DEUS. Unde apud Piſidas iis ceu Diis filii libabant ut ex Stobæo *C.* 42. *& C.* 77. refert Forner. 1. *Select* 14. vid. Henr. Steph. *in Iur. Civ. fontibus & rivis pag.* 22. *& ſeqq.* Gruter. *Diſcuſ. ad Tacit. Par.* 5. & ex eo Ioan. Weitz. *in not. ad Adelph. Terentii Act.* 1. *Sc.* 1. Etſi vero filiifamilias iure magis poteſtatis quam præcepto prætoris vocare non poſſint *L.* 8. *pr. D. L.* 3. *al. ult. C. h. tit.* male tamen ſentiunt qui edictum hoc pertinere ad ſolos emancipatos, quaſi de iis qui in poteſtate nulla ſit quæſtio, quia inter eos & parentes nulla lis. Mudæ. *ad* §. *pœnalis* 12. *I. de act. n.* 17. Hot. *ibid. Ennnc.* 3. Duar, *h. t. C.* 4. Don. *ad Rub. C. h. t. n.* 15. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. Q. 12. *n.* 11. Nam immo & ad filiosfamilias pertinet, non tantum ſi de caſtrenſibus experiri velint *d. L.* 8. *pr.* in quibus ſunt pro emancipatis; pietatis autem ratio in parentes etiam militi conſtare debet *L.* 1. *pr. de obſeq. par.* Sed & quoties de adventitiis illis iure actio contra patrem (ea manifeſta ſcilicet diſſipatione ut rationem reddat vel adminiſtrationem dimittat, Gœd. *de Contr. ſtip. L.* 7. *n.* 50.) Oldend. *Cl.* 1. *A.* 4. Q. 4. Quibus item caſibus liberis non quidem actio vera civilis, ſed imploratio iudicis officii contra parentes qui in poteſtate habent, (ut cum dos vel alimenta petuntur, vid. ſupra *L.* 12. *C.* 4. *N.* 7. *& ſeqq. N* 1 *& ſeqq.*) venia magiſtratus impetrata ſupplex rogatio fit, ut Bodin. 1. *de Rep* 4 *n.* 25. Et quicunque tandem ſint caſus quibus filiofamilias in parentem petitio quæcunque de quibus Old. *d. Act.* 4. *in Præſtrq pag.* 41 etſi in ea non ſit loco patrisfamilias veniæ petitio neceſſaria Gilken. *ad L. ult. C. h. t. n.* 5. Cuiac. 10. *Obſ.* 10 Ut ſi nomine alieno agat. Nam cum ceu Procurator filius agit contra patrem, quis id voluntarium officium, veniam petendam vult Mudæ. *d. loc n.* 20. Atqui & filiusfamilias Procurator dari poteſt *L.* 8. *in fin. pr. de Procur* Et ita Curaſ. *ad d.* §. 12. *n.* 9. filiumfamilias, quidem tutorem officii neceſſitate excuſare *L.* 16. *h. t.* non autem Procuratorem filiumfamilias quia invitus non datur. Denique ſi filiusfamilias de facto ſine venia in ius patrem vocet, etiam cum nulla illi actio, quidni, uti reverentia læſa eſt, ita pœnæ locus. Etſi id negat Loriot. *de Iur. arte Tr.* 3. *de Conſanguin. Ax.* 32. quod vocatio nulla nullum operetur effectum & Mudæ. *d. n.* 17. quia ea acta nullo non committitur pœna, niſi ubi L. factum notat *L.* 13. §. 4. *de his qui not. inf* At immo, hic L. notat factum ipſum. Et vocatio quoque talis ab emancipato facta iure nulla eſt, & quæcunque contra edicti prohibitionem Petr. Barboſa ad *L. alia,* 14. *ipſo* 15. §. *eleganter* 1. *Sol. matr. n.* 3. Nec nullitate actus pœna vitatur, ſi is in delictum incidat *L.* 1. *vers. C de ſep. viol. &c.* Poteſtque pater & pœnam exigere & iudicium nullum dicere, Gilken. poſt alios *ad L. ult. C h. t. n.* 4. Licet Bover *ſing.* 9. *n.* 4. Citationem qualitate perſonæ expreſſa nullam eſſe, ſecus vero non expreſſo vitio Quanvis autem in hoc filiofamilias pœnæ 50 aureorum locus non ſit, (niſi tantum forte in caſtrenſibus habeat, iiſve in quæ patri nihil iuris,) ne alias vel ipſum patrem pœna teneat, vel cluſoria ſit, ſi pater pro filio ſibimet ſolvere teneretur, quin tamen ob irreverentiam iſtam quaſi inofficioſus caſtigari poſſit via ambigendum arg. *L. ult. hoc tit.* (2) Parentes adoptivi *L.* 7. *h. t.* Duar. *ad hoc tit. C.* 4. Cuiac. 10. *Obſ.* 10. etſi extraneus ſit, qui in poteſtate adoptatum non habet ut recte, contra quoſdam Forſter. 5. *de Succeſſ. inteſt. n.* 11. *&* 3. *ſeqq.* & Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *pag.* 36. non autem eiuſdem parentes *d. L.* 7. ubi ratio. (3) Qui loco parentis ut Vitricus & Noverca. Quam nec mortuo marito a privigno, ſine venia poſſe vocari contendit Cacheran. *Deciſ.* 31. multis hanc quæſtionem tractans, ſubiicit tamen Senatum Pedemontanum contra pronunciaſſe ex communi opinione, quam poſt Eman. Soarez. ſequitur Vult. 1. *Diſc.* 1. *ſub fin.* & Fachinæ. 10. *Contr.* 88. & de vitrico loquens Pruckman. *Vol.* 1. *Conſ.* 42. *n.* 17. Ac ſane furti actione vitricum & novercam teneri cautum eſt *L.* 3. *L.* 11. *L. de furt.* Pro Cacherano tamen cui Curt. Iun. ut & Fulgoſ. ac Iaſ. *ad L.* 5. *C. h. t. ref.* Gilken. *ibid. n.* 7. conſentiunt & Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. Q. 4. *n.* 6. eſt ratio generalis *d. L.* 13. præſertim ſtante matrimonio. Sed nec ſi nomen affinitatis interierit, mortua perſona per quam contracta eſt, vis omnis divellitur, quod ad reverentiæ iura ſpectat. Tametſi Gilken. *in d. L.* 1. *n.* 8. *& ſeq.* diſtinguit inter novercam quam ſtante ſolum matrimonio ita vocari negat, & vitricum quem ſemper poſſe aſſerit, eo quod dignitas viri ad uxorem tranſeat, non contra. Quæ ratio parum apta. Sic & Socer ac Socrus etiam diſſoluta affinitate, per *L.* 55. §. *ult. L.* 16. *Sol. matr.* Sneidvin *in* §. *pœnalis* 12. *Inſt. I. de act. n.* 40. Roſbach. *tit.* 22. *n.* 9. Oldend *d. n.* 6. *& in tabula actionum p.* 1148 Roſacorb. *Pract. forenſ. Cap.* 40. Ant. Del Re *de iuram. calum. Cap.* 15. *n.* 78. Pater ſpiritualis, ſeu ſacri fonns ut volunt Bover. *Sing.* 9. *n.* 3. Hipp. Riminald. *in L. ut vim* 3. *de Iuſt. & iure n.* 261. Sneidvin. *in d.* §. 12 *n.* 42 Thadæ. Piſo Soac. *ibid. n* 8. Ant. Del Re *de iuram. calum. Cap.* 15. *n.* 74. Bargal. 4. *de Dolo* 3. *n.* 15. & 12. rationibus firmat Speckhan. *Cent.* 1. Q. 52. Quod iure Canonico nimium huic cognationi tribuenti obtentu facile. Quin & de Parochis ac presbyteris, quos Patres iure Pontificio paſſim vocari legimus, idem adſtruere tentat Iaſ. *in L.* 13. *h. t. n.* 3. ceu refert ac reprobat ilico Ummius *Diſp. Proceſſ.* 5 *Th.* 7. *n.* 33. Item patria, quæ loco parentis *L.* 1. §. 15. *de ventr. in poſſ. mitt.* Sneidvin *in d.* §. 12. *n.* 44. Arn. ab Haerſolte *Act.* 9. *n.* 14. Mynſ. 4. *Obſ.* 92. *n.* 5. Ant. Del Re *d. Cap.* 15. *n.* 80. Speckhan. *Cent.* 1. Q. 53. Patria enim maior parens ut Varro & Cic. 1. *de Republ.* communis omnium parens Cic. *de Orat.* parens antiquiſſima ac ſanctiſſima idem 9. *ad Attic. Epiſt.* cui maior quam parenti debetur gratia *idem* 5. *de Rep.* cui totos nos dedere & in qua noſtra omnia ponere ac quaſi conſervare debemus, idem 2. *de LL.* Et ut Plato *in Critone* μητρός τε καὶ πατρὸς καὶ τῶν ἄλλων προγόνων ἁπάντων τιμιώτερόν ἐστι πατρὶς καὶ σεμνότερον, καὶ ἁγιώτερον Fac. *L.* 2. *de Iuſt. & iur. L.* 101. *Cap. pr. de L.* 3. *L.* 35 *de relig. & ſumpt. fun.* Conſr. Fr. Patrit. *Lib.* 6. *de Regno & Regis inſt. T.* 5. P. Greg. *Lib.* 39. *Syntax. Art. mirab. Cap.* 32. Henr. Steph. *in Iur. civ. font. & rivis pag.* 25. *& ſeq.* Chriſt. Coler. *Parer. Cap.* 34. Vaſq. 1. *Ill. Contr.* 16. *n.* 14. *& ſeq.* Tiraq. *L. Connub.* 7. *n.* 65. *ac ſeq.* & Princeps, Alea. *in* 13. *h. t.* Carbon. *Pract. Lib.* 3 *C.* 4. *n.* 15. cui a ſubdito ſummam reverentiam deberi iuris neceſſitate quis neget. Curioſæ diligentiæ forer locos ex ſacris, aliiſque auctoribus congerere. Et Princeps bonus pater patriæ; ac omnium

com-

Digitized by Google

eſt in *L.* 1. & 2. *C. eod.* excipiendi iſtos ratio hæc fuit, quia vocati ſi contemne-

Tom VI.

rent, in ius duci poterant, etiam inviti, de qua ductione mox dicetur. Hæc du-

C ctio

communis Speckhan. 1. Q. 55. n. 22. Faciunt quæ in ſimili Gail. 1. *Obſ.* 88. *n.* 8. Chaſſanæ. *Catal. gloriæ Mundi P.* 5. *Conſid.* 24. *n.* 117. & Magiſtratus maiores, ut *not. tit. praced.* ac Fiſcus Mynſ. 5. *obſ.* 02. *n.* 5. *per L. bene a Zenone* ibi *niſi ex noſtra iuſſione Cod. de quadr. praſc.* Speckhan. *Cent.* 1. Q. 55. *n.* 20. *& ſeq.* Ant. Del Re *d. Cap.* 25. *n.* 81. *& ſeq.* Denique (de domino feudi poſt dicetur) Præceptor. Quem etſi ſine venia impune vocari velit Duat. *h. t. Cap.* 4. quod non neceſſitate legis et reverentia præſtetur, ſed ſuaſu honeſtatis. Etſi idem DD. communiter teſte Sneidvin. *in d.* §. 12. *n.* 4. inter verbalem quæ denunciatione, & realem quæ prehenſione fit, citationem diſtinguant, & ſequitur Speckhan. *Cent.* 1. Q. 53. *n.* 12. *& ſeq.* Alii tamen non temere contra nituntur Menoch. *Arb. Caſu* 500. Gomez *in Tauri* 83. *& finalem n.* 17. Rebuff *Privil. ſcholar.* 70. Roſbach. *Proceſſ. Tit.* 22. *n.* 12. Halbritter. *Orat. de privileg. Doctorum pag.* 343. Nam parenti adiungitur §. 5. *Inſt. Quib. ex cau. manum.* & Parens alter vocatur ab Imperatore Alexandro Ulpianus *L.* 4. *C. Locati*, & Auſonius a Theodoſio; ac dicitur *filius* erudire *L.* 1. *C. de excuſat. artif. Lib.* 10. *tit.* 64. Unde Iuvenal. *Sat.* 7.

Dii maiorum umbris tenuem & ſine pondere terram
Spirantesque crocos, & in urna perpetuum ver,
Qui præceptorum ſancti voluere parentis
eſſe loco . . . .

Parens mentis, qui non eſſe, ſed bene eſſe tribuit; quod de Ariſtotele prædicabat Alexander Magnus, qui meliorem reddit *L.* 27. *de donat.* quem ingratus eſt qui non inter gratiſſimas neceſſitudines diligit. Senec. 6. *de Benef.* 16. Confer. Zoan. *Defenſ. tripart. P.* 1. n. 87. *& ſeqq.* Thomas Sagittar. *Exerc. Ethic. exoter.* 3. *Th.* 5. *pag.* 69. ubi tamen eos qui maiorem huic quam ipſi parenti honoris cultum deberi volunt argute refellit (4) Patronus & patrona *L.* 4. §. 1. *D. L.* 2. *C. h. t.* §. *ult. Inſt de pœn. tem. litig.* cuius perſona ſancta liberto *L.* 9. *de obſeq. par.* ſive vere ſit, ſive iure habeatur, ex ſententia vel iureiurando *L.* 8. §. 1. etſi qui iuravit non ſit patronus quoad ſucceſſionem *L.* 14. *de iure patron.* Ant. Fab. *ad d.* §. 1. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. Q. 11. *n.* 4. colluſione detecta *d.* §. 1. ſive ſponte manumiſit, ſive neceſſitate, ex lege venditionis, *L.* 10. *pr. &* §. 1. cauſſa fideicommiſſi *L.* 9. Ac etſi communis plurium libertus *L.* 23. *h. t.* Civitatis tamen libertus ſingulos cives in ius vocat *L.* 10. §. 4. *h. t. per L.* 6. §. 1. *de reg. iur.* Old. *Cl.* 1. *Act.* 4 *p.* 37. Loſæ. *de iure univerſit. p.* 1. *C.* 1. *n.* 21. Speckh *d* Q 11. *n.* 25. Etſi ius annulorum accepit *L.* 10. §. 3. *L. ult. de iur. aur. ann.* vid. ſupra *Lib.* 2. *C.* 10. n. 11. *N* 11. Etſi patronus capite minutus, vel etiam libertus arrogatus per obreptionem *d. L* 10. § 2. ideſt, relata conditione libertinitatis A. Fab. *ibid.* Denique etſi alieno nomine vocetur, de quo, quia commune videtur, inferius. Excipitur. Niſi pro patrono non habeatur, veluti (1) ea ſententia vel iureiurando. *L* 8. §. 1. *h* (2) Si ad iuſiurandum libertum adegit, quo viduitatem ſibi indiceret *L.* 8. §. *ult. h. L.* 15. *de iur. patr.* perpetuam ſcilicet, ſecus ſi uſque ad pubertatem liberorum *L. pen. Qui & a quib. man.* Speckhan. *d.* Q. 11. *n.* 22. (3) Si proſtituta liberta contra legem venditionis certo caſu. ut *L.* 10. §. 2. *h.* ubi vid. A. Fab. (4) Si natalibus Princeps reſtituit *L.* 10. §. 3. *h.* vid. *ſupra Lib.* 2. *C.* 10. *n.* 6. *& ſeqq. N.* 8. *& n.* 11. *ibid.* (5 Si patronus deportatus *L.* 10. §. 6. ita ſcilicet ut bonorum poſſeſſio non pateretur ut *L.* 14. §. *ult. de interd. & releg.* ut quæſtioni locus ſit, Ant. Fab. *ad d.* §. 6. (5) Perſonæ coniunctæ patrono: ut Parentes *L.* 4. §. 1. utriuſque ſexus *L.* 10. §. 5. etiam adoptivi *L.* 10. §. 7. cui non obſt. *L.* 7. quæ eſt de parentibus naturalibus patris adoptivi *d.* §. 7. vero de adoptivis veri patroni, dum durat adoptio *d.* §. 7 quia vinculum hoc reverentiæ civilis eſt, Ant. Fab. *ibid.* liberi *L.* 4. § 1. utriuſque ſexus *L.* 10. §. 5. & ultra trinepotem *L.* 10. §. 0. *h.* etiam in adoptionem alii datus filius, & nepos ex eo *L.* 10. §. 8. non tamen adoptatus a filio emancipato, ibid. ubi vid Ant. Fab. Speckhan. *d.* Q. 11. *n.* 13. Ac & ſi qui patroni, idem libertæ in ius vocantis filius *L.* 10. § 10. Cui reverentiam debet mater, non ut ſuo, ſed ut patroni filio. Etiam in eaſu quo patronus ipſe vocari poteſt, ubi filius innocens *L.* 8. §. *ult. h.* vid. *ſupra Lib.* 2. *Cap* 10. *n.* 6. *N.* 5. Exceptio; Niſi capitis accuſaverint vel in ſervitutem petierint libertum *L.* 10. §. 11. & heredes etiam eatranei *L.* 1. *C. h. tit.* Heredi enim eatraneo patroni debetur reverentia, *L. pen. C. de liber. & eor. lib.* quamvis heres eatraneus liberti eam patrono non debeat *L. heres* 8. *de obſeq. par.* Cui. 10. *Obſ.* 10. *ſub fin.* Nec ſolum ſi de re hereditaria agatur, ut Fulgoſ. & Dec. *in d. L.* 2. ſed indiſtinctæ quia L. abſolute concepta poſt Cyn & Alc. *in d. L.* 2 Gilken. *ibid. n.* 3. denique uaor, patroni *L.* 1. *C. h. t.* & maritus eadem ratione. Quia quem patrona colit, libertus quoque revereatur oportet. Diſſ. Accurſ. *in d. L.* 1. *per L. liberti* 10. *C. de op. lib.* quæ tamen de operis loquens ad reverentiam non eſt porrigenda, alias hæc nec heredi non ſuo deberetur Cuiac. 10. *Obſ.* 10. Speckhan. *d.* Q. 11. *n* 16. Secus vero in tutore & curatore, item deſenſore actoreve patroni *L.* 10. §. *ult.* quia perſonæ debetur honos non negotiis Ant. Fab. *ibid.* Niſi actor ſit collegii, cuius libertus eſt *d. L.* 10. §. 4. Atque hi omnes nec a liberis liberti impune vocantur *L.* 2. *C. h. tit.* Fac. *L. ult. C. de libert. & eor. lib.* Quæ de libertis ſancita, ad colonos cenſitos transfert Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *p.* 37. *& Tabula actionum pag.* 1148. quos villa cui adſcripti dimiſit dominus. Ad ruſticos ſane eos qui homines proprii uſurpantur referri commode poſſunt (arg. eor. quæ Blarer. *in L. diffamari Cap.* 2. *n.* 23.) Zaſ. 1. *Sing. Reſp.* 3. *n.* 84 Quamvis vero a liberto ad vaſallum haut firma illatio ſit, cum & illius beneficium acceptum longe maius, indeque vinculum reverentiæ arctius, & mutua fide dominus quoque vaſallo teneatur Mynſ. 4. *Obſ.* 91. Speckhan. *Cent.* 1. Q. 55. *n.* 9. *& ſeqq.* Nicol. Intrigliol. *de Feud.* Q. 58. *n* 11. *& ſeqq.* Facbin. 10. *Centr.* 89. Recte tamen dicemus quod (6) Dominus feudi, vocari non debeat ſine venia. Licet quidam indiſtincte contra nitantur, Mynſing 4. *Obſ.* 92. Gail. *de Pignorat. Obſ.* 15. *n.* 4. teſtantes uſu Cameræ opinionem eam probatam eſſe. Quam & ſequuntur Fachin. *d. Cap.* 90 Bronch. 2. *Miſc. Aſſ.* 90. Afflict. *Deciſ* 265. *n.* 36. Ant. Del Re *de iuram. calum. C.* 15. *n.* 76. Intrigliol. *d.* Q. 58. *n.* 21. Cothman. *Iur. Reſp.* 50. *n.* 15. receptiorem eam vocans, ut & Sneidvin. *ad* §. 12. *Inſt. de act.* n. 45. aliique quos laudat Vult. 1. *Diſc.* 2. *ſub fin.* & Speckhan. *Cent* 1 Q. 55. *n.* 8. Licet item alii inter dominum feudi ſolum, & qui una territorii dominus, cui vaſallus etiam ut ſubditus ſubeſt, diſtinguant, Arn. de Reig. *Addit. ad d. Obſerv.* 92. alii inter Principem & inferiorem a Principe, quos citat Speckhan. *d.* Q. 55. *n.* 19. rationes eorum percenſens, quæ tamen eo directæ ſolum ut probent Principem vocari non poſſe, non autem alium poſſe. Alii inter litem de ipſo feudo & de re alia Alc. *in L.* 1. *C. h. t. n.* 3. Nam etſi pro affirmativa non faciat æqualitas liberti & vaſalli, ſæpe non procedens; aſt facit omnino ratio reverentiæ præſtandæ *L.* 13. *h. t.* & quidem iuris neceſſitate 2. *Feud.* 22. ibi *ſalva reverentia*. Ac iureiurando fidelitatis continetur, quod nihil facturus ſit contra honorem domini 2. *Feud.* 7. Rationemque publicæ honeſtatis non habent qui diverſum ſentiunt, ait Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *pag.* 37. Conſentiunt Weſenb. *Par. h. tit. n.* 6. Speculat. Iaſ. & alii citati a Vult. *d. Cap.* 1. & a Roſbach. *Proceſſ. Tit.* 22. *n.* 13. Gund. Pap. Q. 551. *n.* 1. Ac etſi Hartm. Hartm. *Tit.* 54. *Obſ.* 44. poſſe vocari dominum ſine venia, modo vaſallus utatur verbis honeſtis, tamen in addit. Hart. iunior ſubdit in Camera veniam peti, idque proceſſibus inſeri debere, itaque iudicatum eſſe. Tutiuſque ac honeſtius eſſe fatetur, Vult. *d. C.* 1. *ſub fi.* ſi agendi venia prius petatur. Stilum denique curiæ hic ſequendum monet Rittershuſ. *Partit. feud. Lib.* 2. *Cap.* 1. Q. 15. recte ſtatuens utut ſit, ex cauſſa hac feudum non committi (7) Maritus per *L.* 14. §. *ult. Sol. matr. L.* 1. §. 7. *de rei un. act. inuct. L.* 13. *h. t.* Cuiac. 10. *Ob.* 10. Bodin. 1. *de Rep.* 3. *n.* 19. P. Barboſa *ad L. maritum* 11. *ipſi* 12. *& ſeq. Sol. matr. n.* 64. Tiraq. *L. Connub.* 1. *n.* 41. diſſentire referens Alex. *in d. L* 13. Uaorem autem a marito poſſe Barboſa *d. loc.* & Cuiac. 10 *Obſer.* 10. Contra Ilico Umnius *Diſput. Proceſſ.* 5. *Th.* 7. *n.* 38. tum quia actio famoſa adverſus eam ceſſat *L* 2. *Rer. amot.* tum quod reverentia mutua ſit. Verum etſi uaori præcepto Apoſtoli 1. Petri 3. v. 7. impartiendus honos τιμὴ non tamen reverentia σεμνότης cum plus ſit revereri & reverentia obſequium quoddam arguat *L.* 5. *C. de obſeq. patron.* Licet non neſcium quod Imperator Iuſtinianus Theodoram ſuam reverendiſſimam coniugem nuncuper *Nov.* 8. *Cap.* 1. quo nomi-

Digitized by Google

ctio nonnullam ignominiæ & contemptus ſpeciem habebat. Itaque in magiſtratu erat adverſus eius dignitatem: in iis qui neceſſario officio detinebantur, res inhu-

mana

nomine a Bodino 1. *de Rep.* aliiſque vapulat. Excuſari fortaſſe an poteſt quod ita vocet non ſui, ſed ſubditorum ratione, quibus Auguſta quoque verenda eſt. Ferente enim ita more ſeculi ſui Iuſtinianus paſſim præſides quoque ſibi ſubiectos clariſſimos, glorioſiſſimos appellat, ut infinitæ inſcriptiones legum *Cod. & Novell.* habent. Vindicatur hæc irreverentia propoſita pœnali actione §. *pœnales* 12. *Inſt. de act.* ac iudicio 50. aureorum *L.* 11. *L. pen. h. t.* §. *ult. Inſt. de pœn. tem. litig.* quod datur cauſſa cognita *L.* 10. §. *pen. L.* 11. *h. tit.* Nam ſi, quiſpiam ſuperiorum, ex. g. patronus vocatus ſit, etſi quaſi tutor curator, defenſor actorve *L.* 10. §. *ult. h. tit.* & ita alieno nomine, modo qui vocavit id fecerit ſuo nomine. Secus ſi libertus tutor nomine pupilli *L.* 16 *h. t.* Ratio differentiæ. Cum alieno nomine libertus vocat ceu tutor, pupillus ipſe vocare cenſetur cui non eſt patronus. Cum vero alieno nomine vocatus patronus a liberto ſuo non ideo minus irreverenter tractari videtur. Duar. *h. tit. D. C.* 5. Illic excuſat officii neceſſitas, & fidem tutelæ ſolvere præſtat quam privatæ venerationi indulgere; Hic nihil eſt quod excuſet. Mudæ. *ad* §. 12. *Inſt. de act, n,* 20. Ant. Fab. *ad d. L.* 16, Ubi aliud ſtatuit neceſſitate iſta ceſſante ut ſi plures ſint tutores, ubi curare poteſt ut contutores agant. Aliud item in officio voluntario, ut ſi Procurator filius vel libertus. Mudæ. *d. loc.* Confer. *ſupra Lib.* 18. *Cap.* 3. *N.* 34. Quid ſi tutor ita egerit nomine pupilli contra eos, quibus pupillus reverentiam debet? Edictum ceſſare vult Pruckman. *Vol.* 1. *Conſ.* 42. *n.* 18. & Carbon. *Practica Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 26. a libero actore ſcilicet. Aliud ſi reus ut ſe defendat præſidem crebro interpellet *L.* 14. *h. t.* etiā crimen retorqueat, quia hæc ipſi neceſſitas ab actore impoſita, Ant. Fab. *ibid.* in ius, id eſt, ad Prætorem ut ibi experiatur ſeu agat ut *h. C. N.* 7. & 12. iuxta morem iudiciorum noſtrorum, ſi primam Citationem, quæ præparatoriorum principium eſt, inſinuari curet. Aliud in ſeqq. iudicii actibus incidentibus, ut ſi citetur ad videndum iurare teſtes, Mudæ. *d. loc. n.* 21. Aliud ſi libellum adverſus patronum dedit expreſſa conditione ſua *L.* 15. *h. t.* Non quod illa oblatio vi & impreſſione careat, in qua ratio edicti pendeat, ut falſo Cui. 1. *QQ. Pauli ad d. L.* 15. & A. Fab. vid. *N. ſeq.* Sed quia libelli porrectio eſt actus extraiudicialis, a qua non ut a Citatione iudicium incipit, Sneidvin. *ad d.* §. 12. *n.* 53. Et forſan libellus is accipi debet, quo peti ſolent, quæ de plano expediri poſſunt, ſine actione & cauſſæ cognitione per *L. omnia* 71. *de R. I. L.* 9. §. 1. *de off. procon.* Licet ſint qui libellum pro extrahendo proceſſu & decernenda citatione intelligunt Goth. Ant. *Diſp. Anti Vult.* 3. *Th.* Andr. Scheffe. *Q. Pract.* 25. *n.* 26. ſine permiſſu Prætoris *L.* 4. §. 1. *L.* 10. §. *pen. h. t.* Neque enim veniam petitam ſufficit, niſi & impetrata *L. ult. h. t.* §. 12. *I. de act.* §. *ult. I. de tu. tem. litig.* Coraſ. *ad d.* §. 12. *n.* 10. Moler. 3. *Semeſtr* 44. *n.* 11. qui hoc, ait, generale in omni actu ad cuius perfectionem conſenſus requiritur *Cap. ſi religioſus* 27. *de elect. in* 6. Obtinetur autem plerumque ſi actio non famoſa nec pudorem ſuggillet, *d. L.* 10. §. *pen.* Et quia cauſſæ cognitio hic neceſſaria *d.* §. *pen.* ad hoc evocandus adverſarius, cuius reverentia hic vertitur. Licet DD. vulgo aliter ſentiant, Aſin. *Praxi* §. 7. *Cap.* 5. *limit.* 145. & *ult.* qui & eo ipſo quod ad libellum actoris conditionem ſuam, quod ſit filius ex. gr. non celantis, emiſſa citatio; veniam conceſſam volunt Goth. Ant. *d. Th.* 3. Scheffer. *d. n.* 26. poſt Roſenthal. *Synopſ. feud. Cap.* 10. *Concl.* 23. *n.* 17. Confer. *N. ſeq. in fin.* Ne dicas ita induci progreſſum in infinitum, quaſi & ad iſthanc citationem veniæ petitio requiratur. Nam monui ante huic edicto non niſi in ea Citatione quæ fit ad agendum ſeu iuris experiundi cauſſa locum eſſe, datur iudicium, ipſo vocato, etiam calumniatori argum. *L.* 5. §. 1. *Ne quis eum qui in ius*, Ant. Fab. *ad L. pen. h. t.* etiam filiofamilias abſente patre *L.* 12. *h. t.* ubi vid. A. Fab. Non autem heredi, nec in heredem, nec ultra annum *L. pen. h. per L.* 35. *de O. & A.* 50. aureorum *L.* 12. *L pen h.* Quæ applicantur ipſi vocato, non fiſco. Poſt alios Sneidvin. *ad d.* §. 12. *n.* 50. Unde hanc pœnam nec Princeps remittit *L.* 2. *C. h. t.* Mudæ. *ad d.* §. 12. *Inſt. de act. n.* 27. Cuiac. 10. *Obſ* 1. vid. tamen Gilken *ad d. L.* 2. *n.* 8. qui non ſolere quidem remitti, docet; poſſe tamen, ſi velit Princeps cum auctoritate legis inducta ſit. Quod ſi inopia laboret libertus, quaſi inofficioſus caſtigatur *L. ult. h. t.* Unde tritum illud: Qui non habet in ære, luat in corpore, Caſſiodor 9. *Variar. reddat debitum pœnis, quod non potuit compenſare pecuniis.* Ambroſ. *ſerm.* 78. *Qui redhibitione ſubſtantiæ ſatisfacere non poteſt, ſatisfaciat ultione corporis.* Quæ citat. Cuiac. 1. *QQ. Pauli ad L.* 15. *h. t.* Præbeat ſubſidiarium tergum, cui non ſuppetit pecunia, Zaſ. *ad* §. 12. *Inſt. de act.* Exempla *L.* 7. §. 3. *de iuriſd. L.* 35. *de iniur. L.* 1. §. *ult. de pœn. L.* 1. *C. de ad. priv. L.* 4. *C. de ſerv. fugit. L.* 6. *C. de mo. mulct.* 2. *Feud.* 53. §. 1. *in fin.* Facit *Exodi* 22. v. 4. Ex quo iure ortum ut dicatur Germanis *Bluttarm*, quaſi dicat qui non habet, quo ſanguinem ſuum redimat, Cyriac. Spangenberg. *Speculo Nobilit. Tomo* 1. *Lib.* 8. *Cap.* 6. *pag.* 1406 Qua de pœnarum commutatione conſuli poſſunt Menoch. *arb. C.* 447. Hot. *ill. Q.* 26. Tiraq. *de Retr. convent* §. 4 *Gl.* 6. Ubi *n.* 28. quoſdam adeo extendere refert, etſi integrum ſolvatur præter unum denarium, ſed inique. Vaſq. 3. *ill. Contr.* 96. *n.* 30 Sneidviu. *ad* §. *pœnales* 12. *Inſt. de act. n.* 37. & *ſeqq.* Annæ. Robert, 2. *Rer. iudic.* 15. Scip. Gentil. 3 *de iuriſd.* 11. & Eberh. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 40. Quam regulam in Doctoribus aliiſque in dignitate conſtitutis non obtinere poſt alios Io. Halbritter. *Orat. de privileg. DD* Cauſſa cognita. Quandoque enim mens edicti ceſſat *L.* 11. *h. tit.* Ut (1) Cum non invitus vocatus *d. L.* 11. quia volenti fit nulla iniuria. Obiicitur vulgatum illud: Privilegio ob reverentiam competenti non renunciari poſſe *L. ult. C. de ben. lib* In quo diluendo multus eſt Petr. Barboſa *ad L. alia* 14. ipſi 15. §. *eleganter* 1. *Sol. matr.* Qui expenſis reiectiſque variis diſtinctionibus ita Reſp. *n.* 8. Sine venia non vocari ex rei natura intelligitur, invitum non vocari ſine eadem. Cum vocationis natura ſit, ut citatus parere debeat *L.* 1. *in ius voc. ut eant. L.* 2. *h. tit. iunct. L.* 1. *Ex quib. ca. mai* Quare ſi volens veniat, non renunciat privilegio, ſed ſumus, ait, extra caſum privilegii. Tunc autem renunciaret, & invito ſi ita paciſceretur; Quandocunque me vocabis in ius, ſemper ſponte veniam. Hanc, inquit, voluntatem mutare licet, eaque mutata impune non vocatur. Hinc autem Bover. *ſing.* 52. *n.* 18. non poſſe hoc obiici poſt litem conteſtatam, quia conteſtando volentem evocatum appareat; immo niſi hæc exceptio in primo actu iudiciali opponatur, omiſſam cenſeri poſt plures Pruckm. *Vol.* 1. *Conſ.* 42. *n.* 19, (2) Si pœniteat libertum, & actionem remittat *d. L.* 11. Quod Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4 *indefenſ. rei n.* 1. exponit de remiſſo exercitio actionis temere dictatæ ſeu renunciatione inſtantiæ, ita ut agere alio tempore poſſit, venia impetrata. Quod durum alias foret ſi 200. ex g. debitis integra remittere cogeretur. Deſiſtere autem ita poſſe cenſet uſque dum lis conteſtatur. *arg. L.* 1. *C. de plus petit.* ut & Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 12. *n.* 5. poſt Sneidvin. *ad d.* §. 12. *n.* 65. P. Barboſa *ad d. L.* 14. §. 1. *n.* 4. eodem modo accipit, quod exinde ceſſent moleſtiæ iudicii. Pœnitere autem poſſe cenſet etiam poſtquam patronus venit, modo id faciat, antequam is opponat ſe vocatum eſſe ſine venia. Reprobat autem eos qui uſque ad ſententiam, ut & illos qui ad iudicium uſque acceptum hoc licere volunt. Contra Mudæ. *ad d.* §. 12. *n.* 23 remiſſionem totius cauſſæ & actionis omnimodam interpretatur. Alias facilis eſſet renunciatio & evitatio pœnæ. Nec dixiſſet IC. *actionem remittat*, ubi ea ſignificatione verbi *actionis* denotatur ius agendi per illius definitionem, quomodo remiſſa actio in *L. ſi actionem* 24. *C. de pact.* Sed ſic: *errorem agnoſcat, a lite deſiſtat &c.* Neque hoc nimis grave, etiamſi debitum grande. Non enim præciſe cogitur remittere, ſed ita ſi pœnam 50. aureorum effugere velit. Ergo ubi minor ſumma debiti, hoc poteſt expedire liberto &c. ita Mudæ. Recte. Qui enim alias pœnitentia nocens eſſe deſinit delicto perfecto, eum & contra reverentiam vocavit & actionem dictavit. Leve enim nimis quod Barboſa *d. loc. n.* 4. reponit, quod hic pœna edicto præſtituta, ideo temperetur, quia de rigore iuris ex actu nullo pœna incurri non debuerit. (3) Vel ſi vocatus non venerit *d. L.* 11 ſi ſelices & pœnituerit vocantem, ut verba illa: *ſi pœniteat* & huc quoque accommodentur atque hæc accipiantur non in ſenſu diviſo ut DD. Sneidvin. *ad d.* §. 12. *n.* 65. Speckh. *d. Q.* 12. *n.* 6. quia, ait, in Citatione non ſe fundare poteſt, qui ipſe eam contempſit & in ea contumax. Male, ſi enim deliquit vocans, qui deliquit qui iniuſtæ vocationi non paruit *L.* 1. *in ſi. Ne quis eum qui in ius*, Sed in ſenſu compoſito, ſi pœnituit libertum re integra, delicto nondum

con-

Digitized by Google

mana eos ab officio quod temporale & breve erat, iſta ductione avocari: in parentibus & ſimilibus perſonis erat adverſus reverentiam his perſonis natura debitam. Tolle ductionem in ius, ut vere noſtra ætate huiuſmodi ductione non utimur, cauſſam etiam [23] vocationis adverſus ſuperiores perſonas denegatæ ſuſtuleris.

VIII. De die & tempore, ad quod vocandus ſit, qui in ius vocatur, nihil ſcripſi hoc loco in commentario ad hunc titulum, quia olim aut nullum hoc tempus fuit, quod præſtitueretur vocato: aut ſi quod fuit, non conſtituebatur vocantis voluntate, ſed utriuſque litigatoris conſenſu. Poſtea etiam cœpit eſſe legitimum: ſed tamen quoniam hoc tempus aliquod eſſe oportet, ut ſcire poſſit reus, quando ſe iudicio ſiſtere, & actori reſpondere debeat: neceſſe eſt, & de eo nos hoc loco moneri, qualecunque id tempus ſit, & a quibuſcunque conſtitui putemus. Ergo olim qui in ius vocabat adverſarium, vocabat ita, ut vocatus ſtatim iuberetur in ius ambulare: ni ſponte faceret, duceretur raperetur etiam, ſi repugnaret: ut ſuperiores illi loci declarant, quos ante indicavimus ex Terentio & Horatio. Evitabat vocatus hanc ductionem & præſentem vocationem, ſi paratus eſſet cavere iudicio ſiſti ad certum aliquem diem. Quod cum fiebat, tum actor vocato adverſario dicebat diem, ad quem ille ſe iudicio ſiſteret, iſque dies cautione includebatur. Et quoniam hæc cautio fere ſemper interponi ſolebat, ut vitaretur ignominia ductionis, unde eveniebat, ut huic dictioni ſe-re ſemper locus eſſet: factum eſt uſu loquendi, ut veteribus diem dicere alicui idem eſſet, quod alicui litem, & iudicium futurum denunciare, ſeu alicui actionem intendere, ut oſtendi ad §. *adpellamus, Inſt. de actionib.* Sed hunc diem non ſolus dicebat actor. Dicebat etiam reus: conſtituebatur enim utriuſque conſenſu, ille ut diceret diem, quo vellet iudicio ſiſti, hic, ut contra hunc ipſum diceret, quo caveret ſe ſiſturum. Quod ſi de die inter eos non conveniret, tum dicebat diem actor, ut ſi brevius tempus videretur reo, moderatum ſpacium iudex ſtatueret. *L. de die*, in princ. *D. Qui ſatiſd. cog.* Sic tamen, ut in hunc poſtea reus conſentiret. Hinc factum eſt, ut hic dies non iam ſimpliciter diei, ſed verbo compoſito condici diceretur: quia ſcilicet ſimul dicebatur ab utroque ex litigatoribus. Et quia mutua hæc diei condictio ad futurum iudicium & actionem adverſus vocatum eo die exercendam ſpectabat, factum hinc quoque, ut veteribus ipſa actio ad quam hæc diei condictio referebatur, eodem nomine adpellaretur, diceretúrque condictio. Pertinuitque revera hæc adpellatio ad omnes actiones, non in perſonam ſolum, ſed etiam in rem. Sed diſcretionis cauſſa paulatim uſus obtinuit, ut verbum commune quod erat, contraheretur ad actiones in perſonam, atque hæ ſolæ dicerentur [24] condictiones, actiones in rem proprio nomine adpellarentur vindicationes, ut pluribus expoſuimus ad *d. §. adpellamus, Inſt. de actionib.* Quod quidem eo loco conveniebat, ubi de origi-

conſummato. Non autem exceptio eſt in ruſtico, nec eum error iuris hic impunem reddit *L. 2. C. h. t.* ubi ratin. vid. Gilken. *ibid. n. 4. & ſeq.* Menoch. *Cap. 194. n. 7. & 2 ſeqq.* Chappin *de Priv. ruſt. Lib. 1. P. 2 Cap. 5. initio.* Conf. Menoch *Recup. Poſſ. Remed. 9. n. 17. & ſeqq. & n. 57. ac ſeqq.* Nec in milite arg. *L. 1. pr. de obſeq. par.*

23) Ita & Dnn. *ad Rubr. C. h. t. n. 15. & n. 18. & ad §. pœnales 12. I. de act.* (addens ibi etſi ſatiſdatione ductio inverecunda evitetur, turpe tamen his perſonis cavere cogi ut eam evitent) & Cuiac. 10. *Obſ. 10. & 4. Pauli ad edict. in L. 1. 5. & 7. h. t.* Balduin. *in not. ad L. 15. h. t.* Vult. 1. *Diſc. 2. pag.* 24. A Fab. *C. ſuo h. t. defin. ult.* qui ita iudicatum teſtatur. Et Zang. *de Except. P. 2. Cap. 9. n. 9.* ſæpe reis iniunctam litis conteſtatæ exceptionem hac reiecta, cum eo ipſo quod iudex ad inſtantiam partis citat, veniam indulgeat, quomodo & Pruckm. *Vol. 1. Conſ. 42. n. 21. & ſeq.* uſum edicti in Curia Brandenburgenſi nullum ſupereſſe perhibens. Sed melior ſententia aliorum, Fachinæ 10. *Contr.* 87. Oldend *Cl. 1. Act. 4. in Practica n. 3.* Gilken. ad *L. 1. C. h. t. n. 4. & 5.* Goth. Ant. *Diſp. Ant.* Vult. *2. Th. 1. & 13. ſeqq.* Andr. Scheffer. *P. 1. Q. 25.* Siquidem edicti cauſſa non in ductione violenta poſita fuit, ut iſtis perſuaſum eſt. Quidni enim ipſa vocatio a manus iniectione ſeparari potuiſſet, uti alias *L. 18. & ſeqq. h. t.* Fach. *d. loc.* Quidni ita caveri, ut hi vocari quidem poſſent, & ſequi cogerentur, ſed duci non poſſent arg. *L. 48. de V. S.* ni tamen venirent, contumaces haberentur? Quis vero, inquam, credat permiſſu prætoris venia data, tunc quidem contemptim duci potuiſſe parentes, patronos &c. Quis credat caſibus iis quibus venia non neceſſaria, ut cum tutorio nomine quis parentem patronumve vocaret *L. 16. h. t.* obtorto collo eundem rapi potuiſſe? Id vero equidem conſequens foret. Sed ratio edicti ſive præcipua ut Goth. Ant. ſive, quod magis eſt, ſola ut Fach. & Scheffer. *dd. loc.* quæ in *L. 10. §. pen. h. t.* ne temere in ius vocentur & famoſæ forte actiones illis dicentur. Unde cauſſæ cognitio neceſſaria, ſi venia danda ſit. *d. §. pen.* Et ea quidem exactior, ut Gilken. *d. n. 5.* ne tales perſonæ etiam de minimis conflictentur, licet de iiſdem alii recte conveniantur. Nam viget immo edictum: in ius vocati ut eant etiam in his perſonis *L. 1. & 2. de in ius voc.* poſt permiſſum ſcilicet: neque tamen abductioni inverecundæ locum eſſe credendum eſt. Sed nec noſtri temporis uſu edicti vim expiraſſe probat Got. Ant. *Theſ. 10.* quis alias fruſtra pro tribunali Spirenſi tractata fuiſſet controverſia, an vaſallus ſine venia &c. ut *ſupra N. 22. v. Dominus feudi &c.* De qua tamen contrariæ eiuſdem Curiæ ſententiæ ut ibid. Longe autem alia eſt generalis petitio actoris pro decernenda citatione, & commiſſio iudicis, in quavis vocatione etiam extranei hodie neceſſaria, ut *h. C. N. 15 & N. 18.* ab hac veniæ petitione & conceſſione. Ubi & actori qualitas perſonæ ſuæ, & quam reverentiam debeat reo, exponenda; item qua actione experiri velit. Et iudici cauſſæ cognitio adhibenda, num eam actionem contra parentem, exempli gratia, indulgere an denegare debeat. Unde permiſſum generalis maxime diſſimulante actore ſuam conditionem, impunem non reddit Oldend. *d. n. 3.* Got. Ant. *d. loc. Theſ. 5. & 8.*

24) Vid. *ſupra Lib. 22. Cap. 2. N. 10.*

ne huius verbi agitur, ſed hæc ipſa origo ex ea diei mutua dictione eſt, de qua nunc loquimur.

IX. Poſtea totum hoc tempus deſiit eſſe in condictione actoris, cepitque eſſe legitimum. Nam ante tempora Iuſtiniani hic mos inoleverat, ut in ius vocato libellum actionis ſimul edi oporteret. Tum deinde parato cavere iudicio ſiſtendi cauſſa, non is dies eſſet ad ſe ſiſtendum, quem actor diceret, ſed iuſti dies 10. intra quos vocatus deliberaret, utrum cederet, necne, deinde his exactis iudicio ſe ſiſteret. Iuſtinianus poſtea tempus hoc legitimum conduplicavit, [25] & 20. dies dedit. Hoc ille in *Novel. de exhibend. reis* 53. *§. ſancimus igitur*. Unde *Auth. offeratur, C. de litis conteſtat.* Hoc tempore legitimo conſtituto, non fuit neceſſe in ius vocato diem dicere, quia etſi dictus non eſſet, hic tamen dies legitimus futurus erat, quo finito, qui vocatus erat, iudicio ſe ſiſtere deberet: ſed & ſi minorem diem actor diceret, fruſtra fieret invito reo, cui tempus lege datum adimi non potuit. Atque hoc modo deſiit illa diei condictio vetus, de qua diximus. Ex quo eſt, quod Iuſtinianus ſcribit in *d. §. adpellamus, Inſt. de actionib.* Nunc abuſive condictionem dici actionem in perſonam: quia hoc tempore nulla eo nomine denunciatio & condictio fiat, intellige nullam talem, qualis veteribus, a quibus hæc adpellatio primum nata eſt, in uſu erat. Hodie fere in omnibus locis hoc iure utimur, ut actori ſic liceat adverſarium vocare in ius, ut ei, quem velit diem dicat, quo ſe iudicio ſiſtere debeat. Qui ſi vocatus ad diem adfuerit, & petere ei videtur longius tempus, ad deliberandum cedere an contendere debeat, ita id impetrat, ut magiſtratus [26] dilationem ei pro cauſſæ qualitate tribuat.

CAP.

25) Et confirmatur *Nov.* 82. *&* *N.* 96. Qui ab eo die numerentur, quo reus per exſecutorem in iudicium vocatus eſt ut Cuiac. *in d. Nov.* 53. vid. idem *de Diverſ. tem. praſcript. Cap.* 9. Olim diverſi erant cognitionum & poſtulationum dies. Nec diebus cognitionum in ius vocatio aut editio fieri poterat, vid. RæVard. *Protrib. Cap.* 4. Et quod a receptione Citationis tempus computetur, nec in id dies quo recepit una computetur uſu Curiarum & Cameræ receptum dicit Blarer. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 129. Gail. 2. *Obſerv.* 48. *n.* 13. de qua vid. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. iudic. Cap.* 18.

26) Vid. Rosbach. *Diff. iur. civ. & Can. Lib.* 3. *Tit.* 10. *n.* 1. *&* 2. Add. Gail. 1. *Obſ.* 53. *n.* 20. (de uſu Cameræ teſtatus) Ayrer. *Parte* 1. *Cap.* 3. *Obſ.* 2. *n.* 62. Vant. *Tit. de nullit. ex defectu Citat. n.* 70. Blarer. *in L. diffamari Cap* 6. *n.* 115. quia intra quantum tempus reus deliberare, aut ſe inſtruere poſſit, lege definiri certa nequit, cum ex qualitate negotii pendeat Fac. *L.* 1. *de iure lib. L.* 2. *§. utrum autem* 7. *Teſt. quem ap. L.* 72. *de iudic.* In Curiis Elect. Sax. ut & ſupremo appellationis iudicio plerumque ſex hebdomadæ & tres dies concedi notant Monach. *Pract. P.* 3. *Cap.* 5. *n.* 12 Add. Coler. *Deciſ.* 110. Cæterum anceps noſtrorum contemptio, num die non idicto, vel ſine præfixione termini valeat Citatio? Et quidem affirmativa ac quod tacite inſit tempus, quamprimum venire potuit, communis dicitur a Scaccia 1. *de iudic.* 32. *n.* 7. & Gravat. *ad Pract.* Veſtrii *lib.* 4. *Cap.* 2. *n.* 11. Vant. *d. tit. n.* 71. poſt Boer. *Deciſ.* 235. *n.* 2 ubi quantocyus comparere debere, cum quodam temperamento tamen, ne ilico currere teneatur argum. *L.* 105. *de ſol.* Nituntur hi *Cap. cum parati* 19 *de appell. Cap. cos* 22. *in fin. ſent. excomm. in* 6. *L. ult. in fin. Quod vi aut clam,* Sed negativa contraria verior, quam etiam communem dicit Fuller. *ad Marantam h. t. n.* 65. quam poſt Bart. *in L.* 118. *§.* 1. *de V. O.* & alios probat Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. *n.* 22. Ayrer. *Proceſſ. P.* 1. *C.* 3. *Obſ.* 2. *n.* 65. Pro qua (1) *textus clari L. ult. §.* 2. *ibi certo tempore ſtatuendo Cod. de iur. dom. imp. L.* 2. verbis: *certo dierum ſpatio a iudice definiendo Cod. ubi in rem act. L.* 5. *§.* 1. *Quod vi aut clam. Cap. cum dilecti* 6. verſ. *volentes de dolo & contumac.* (2) ratio evidens quia ſine die Citatio obſcura & incerta. Vaga autem nimis & incerta non valet *Deciſ. noviſſ. Rota* 151. *P.* 2. 3. Communis ſtilus curiarum, qui pro lege obſervandus Unde colligit Fuller. *d. loc.* non modo tutius eſſe ac cautius diem apponi, ut Vant. *d. n.* 71. & Scaccia *d. Cap.* 34. *n.* 18. ſed immo neceſſarium. Et ita cautum *Ord. com. P.* 3. *Tit.* 12. *§. Als auch.* Nec amplectenda diſtinctio Marantæ *d. n.* 65. & Lanc. Conradi *de Off. prat. in cauſſ. civ.* verbo *Citatio n.* 7. quod ſine die valeat ad id ut non veniens ceu contumax puniatur. Non autem ut ad ulteriora in cauſſa procedi poſſit. Neque hic differentia inter ius Civile & Canonicum ſtatuenda ut Rosbah. *Diff. iur. civil. & Canon. Lib.* 3. *Tit.* 7. *n.* 5. *&* 6. Horam autem in Citatione exprimi neceſſum non eſt, ſed intelligitur hora ad cognitionem conſueta, eave qua is actus expediri ſolet & commode poteſt, Maranta *d. loc. n.* 66. Vant. *d. Tit. n.* 72. Blarer. in *L. diffamari Cap.* 6. *n.* 132. Ea autem appoſita etſi actum alia hora factum non valere iidem velint; Citatum tamen ut veniat ſummo diei mane *zu rechter fruher Tag zeit*, ſi poſt meridiem compareat, ceu contumacem plecti non poſſe ſæpius reſponſum refert firmatque Arumæus *Parte* 1. *Deciſ.* 11.

Digitized by Google

C A P. III.

Ei qui in ius vocatus eſt, actionem edi oportere. Hac edita tempus illi eſſe ad deliberandum, utrum cedat an contendat, & quod tempus.

Propoſitum auctoris, & methodus: ordo pandectarum præpoſterus. I.
Vocatio agendi ordine *prior editione actionis: probus hic ordo pandectarum*;
Codicis ordo diverſus aptior doctrinæ methodo. II.
Vocatio fuit editione prior, etiam tempore Iuriſconſultorum. III.
Ratio illius ordinis æquiſſima. IV.

I. CUm hæc in vocatione exigimus, quæ ſupra diximus, ut iuſta ſit vocatio: tum extrinſecus hoc accedere ad vocationem oportet ut actio edatur ei, qui vocatur. Sic enim fieri ius iubet. Ac ſine eo nihilo plus egerit vocatio, quam ſi reus omnino vocatus non eſſet, aut quod idem valet non uti oportet. Qui vocatus non eſt, aut non rite, huic nulla neceſſitas imponitur in ius veniendi, aut ſe obſtringendi, fore, ut quandoque veniat. Ne ei quidem neceſſe eſt id facere, cui non eſt edita actio; cum ideo iubeatur actio edi, ut ſi reus contendendum putabit, veniat inſtructus ad agendum. *L. 1. D. de eden.* Unde intelligitur, prius quam inſtructus ſit, eum venire non neceſſe habere. Ita iuſtæ vocationis partem eſſe non immerito fortaſſe quis dixerit, editionem actionis. Quare cum iuſtam vocationem nunc quæramus, & eam, quam reus impune non contemnat, recte videmur facturi ſi de editione hoc loco dicemus: ut iuſta vocatione initio conſtituta, tum deinde de neceſſitate, quæ iuſtæ vocationi adiuncta eſt, ordine cognoſcamus. Scio enim in Pandectis de neceſſitate veniendi in ius, aut cavendi iudicio ſiſti prius quam de edendo tractatum eſſe: ſed neceſſitas hæc cum nulla ſit non edita actione: ſed nec intelligi poſſit, qualis ſit, prius quam de edendo dixerimus: rerum natura me non admonuit tantum, ſed etiam hæc attentius meditantem coegit, ut hunc ordinem nobis præſcriberemus.

II. Illud, puto, ambigi non debet quin recte in *Pand. de in ius voc.* prius dictum ſit, quam de edendo, quod & nos ſecuti ſumus. Non enim poteſt omnium actionum inſtituendarum initium ab in ius vocando proficiſci, ut Iuſtinianus ait *d. §. ult. de pœn. tem. litig.* quin vocatio [1] prior

1) Hoc Donellus noſter vult quod in ius vocatio præceſſerit, eam mox ſecuta vel illi coniuncta, natura tamen poſterior editio. Utroque expedito demum veniendi ſatiſdandive neceſſitas. Ita puto. Veteri iudiciorum ritu actor reo, antequam in ius ventum eſſet, edere actionem non tenebatur ut conſtat ex Plautinis his *Perſa Act. 4. Sc. 9.*

Age, ambula in ius . . . . Quid me in ius vocas? Illic dicam apud Prætorem . . . .

Tametſi copiam actionis deſcribendæ quandoque, priuſquam veniret in ius, actor faceret, vid. Ræv. *Protrib. C. 4.* Itaque, contra quam hic noſter, vocatus etiam non edita actione ſequi aut ſatiſdare cogebatur. Proinde accommodata ac conveniens iſti antiquo iudiciorum ordini diſpoſitio Pandectarum etiam quoad titulos inter *tit. de in ius voc.* & *de edendo* interiectos. Poſteaquam autem venerat, edita actione, non ſtatim reſpondere cogebatur, ſed induciæ dabantur reo; tempuſque ad quod ſe denuo ſiſteret, (interea vero deliberaret & ſi contendere vellet, ad defendendum ſe inſtrueret) dicebatur. Iuſtiniani tempore Iudici inſinuatæ preces, & per eum adverſario cognitæ, ut *Nov. 112. Cap. 1. pr.* id eſt, libellus conventionis prius iudici exhibitus, qui per viatorem illum tranſmiſit reo, & una in ius vocavit Eique accepto reus ſubſcripſit, ſatiſdatione iudicio ſiſti præſtita *Nov. 53. Cap. 3. §. ſuſcepta. 2.* Obrecht. *de Concip. libell. Cap. 5. n. 3.* Hodie non ſorte: num libelli oblatio præcedere debet citationem, num item libellus, ſi Iudici exhibitus, citationi vel totus inſerendus, vel eius ſumma ſaltem, inter noſtros non ſatis convenit. Quoad prius Maranta *Speculi Parte 3. Membr. 3. de Libell. oblat. n. 25.* in practica hunc ordinem eſſe notat, ut antea exhibeatur libellus Iudici, quam citatio decernatur, ut prius Iudex perpendat num libellus iuſtus ſit, ut ſuper eo procedatur. Et probat poſt alios Blarer. *in L. diffamari Cap. 5. n. 2.* Aſin. *Praxi §. 5. Cap. 3. n. 2.* Contra alii porrectionem libelli, quæ fit Iudici, non neceſſario præcedere commiſſionem Citationis. Itaque uſu ſervari ſcribit Cagnol. *ad Rubr. C. h. t. n. 23.* Bellon. *in d. Rubr. n. 53. referente.* Vult. *ad pr. I. de act. n. 44.* pro diverſa fori conſuetudine alibi editionem citatione priorem eſſe, alibi contra notat. Conciliari iſti forſan debent diſtinctione inter libellum citationis, ſeu ſupplicationem pro extrahendo proceſſu, citra quam hodie citatio non decernitur ut *ſupra Cap. 2. N. 18.* & libellum Conventionis qui citato offerendus, poſtquam venit, Maranta *d. Membr. 3. n. 1.* Quoad poſterius communius traditur libelli tenorem totum Citationi quidem non neceſſario inſeri, quaſi abſque eo vitioſa foret, inſerti tamen inſignem hunc effectum eſſe, ut citato poſtea comparenti induciæ novæ deliberatoriæ non concedantur *Cap. præterea 2. de dilat.* utque ita lis pendens fiat, & poſtea nihil a citato innovari poſſit, innovatum ante omnia retractetur, Gail. *1. Obſ. 51. n. 1. & 3. ſeqq.* Mynſ *5. Obſ. 85 n 9. & 10.* Wurmſer. *Tit. 9 Obſ. 4.* Coler. *Deciſ. 110 n. 4* Cagnol. *ad Rubr. C. h. t. n 22.* Vant. *Tit. de nullit. ex defect. Citat. n 52.* Aſin. *Praxi §. 5. Cap. 1. & 2.* Scaccia *1. de Iudic 32. n. 15. & ſeqq.* Speckhan. *Cent. 2. Claſſe 4. Quæſt. 9. n. 5.* Ayrer. *Proceſſ. Parte 1. Cap. 3. Obſ. 2. n. 31. & ſeqq.* & ut præſcriptio interrumpatur. Sichard. *ad auth. offeratur, C. de lit. cont. n 10.* Cauſſæ tamen expreſſio aliqua in omni citatione neceſſaria. Nam etſi quidam citra eam citationem valere voluerint, quibus accedit Coler. *deciſ. 297. n. 1.* Gail. *2. de Pac. publ. 7. n. 4.* Quidam etiam diſtinguunt num longius abſit citatus, ubi inſerenda; an in propinquo degat, ubi contra referente Maranta *Speculi P. 6. tit. de Citat. n. 69.* Myſing *d. Obſ. 85. n. 4.* Scaccia *d. Cap. 32. n. 14.* receptior tamen opinio uſuque fori probata aſſert-

prior ſit, editio actionis poſterior. Nam & editio ex iis rebus eſt, quæ ad inſtituendam actionem pertinent, cum ſine ea fruſtra inſtituatur actio. *L.* 1. *D. eod.* & ſane primum eſt natura, ut oſtendamus nos velle cum aliquo iudicio agere, idque ei denunciemus. Proximum ut qua actione agere velimus, & quid petere demonſtremus. Sed & Iuſtinianus iubet offerri libellum ei, qui in ius vocatur, ut eſt in *Auth. offeratur, C. de litis conteſt.* Vel ut ipſe ſcripſit, ei qui in ius vocatus eſt, ſeu reo, [illegible]. *Novel. de exhib. reis,* §. *ſancimus.* Quorum utrumque ſignificat prius eſſe oportere eum qui vocatur, ac proinde vocationem, quam oblationem. Qui fit igitur, ut hic ordo convertatur in Codice? Nam ne temere factum dicamus, & inſcitia compoſitorum, etiam in edicto perpetuo, quod a Iuliano compoſitum eſt, idem hic [2] ordo fuit, ut antecederet *Titulus de edendo:* ut ordo librorum ad edictum ſcriptorum indicat. Ulpianus enim ad edictum de edendo ſcripſit *libros* 4. Paulus *libros* 3. Ad edictum autem de in ius vocando Ulpianus ſcripſit *libros* 5. Paulus *libros* 4. ut inſcriptiones oſtendunt eorum capitum, quæ exſtant ſub his titulis in Pandectis. Quæ indicant, eundem ordinem fuiſſe in edicto perpetuo, alioquin non ad edictum hi ſcripſiſſent, ſed adverſus edictum. Sed utrumque propria ratione recte fit. Alius eſt enim ordo cogitandi, & ſe comparandi. Alius faciendi, & exequendi, quod conſtitueris. De re ſi cogitare, & te comparare voles, neceſſe erit, prius te comparare libellum, quem in promptu habeas, ut ei quem voces, offeras. At rem proviſam ſi voles exequi, & id de quo quæritur, ſi voles experiri, non aliter poteris natura, quam ut prius in ius voces adverſarium, ac deinde cur voces, oſtendas. Quod fiet actionem edendo. Ergo agendi ordine vocatio prior eſt: editio ſequitur. Priorem ordinem ut doctrinæ, & inſtitutioni actoris convenientiorem ſecutus eſt Iulianus in edicto perpetuo componendo. Cui congruit & is, quem in his titulis hoc loco ſervatum videmus. Alter ille magis placuit in Pandectis. Hoc, ut videtur, [3] rectius. Eſt enim naturalis & inſtituendæ præſenti cum alio actioni ſolus conveniens.

III. De inſtituenda autem actione nunc agitur. Nec vero aliter ius fuit veteribus, quam ut ante in ius vocari oporteret adverſarium, quam ei actionem edere; etiamſi quis ad veterem ordinem iudiciorum nos revocet, quo actiones impetrabantur a prætore. *L.* 2. *C. de formulis & impetr. act. ſubl.* Nam primum non impetrabatur actio ante vocationem, nequis forte hanc impetrationem vocationi anteponat: ſed tunc cum lis conteſtabatur. Tunc enim dicebatur actor iudicium accipere, unde lis conteſtata, & iudicium acceptum pro eodem. *L. cum fundus,* in princ. *D. ſi certum pet. L. vulgo, D. de uſuris, L. illud, D. de heredit. petit.* Impetrabatur autem iudicium, ſeu actio, cum accipiebatur, nec accipiebatur, niſi a prætore impetrata. Deinde ut quis concedat prius actiones impetrari debuiſſe, quam edi, tamen hic ordo futurus eſſet, ut prius quidem impetrare oporteret, quam vocare, & vocare etiam prius oporteret, quam edere. Etenim poſt impetrationem ſaltem actionem reo ſignificare oporteret: in quo eſt vocatio in ius, initium ſcilicet litis inſtituendæ. Et vero etiam temporibus veterum Iuriſconſultorum, quibus in uſu adhuc erat actionum impetratio, vocationem præceſſiſſe, ſecutam autem eſſe editionem, & quidem interdum multo poſt, non obſcure probat. *L. non videtur, D.* de iudic. *Non videtur,* ait Modeſtinus, *in iudicem conſenſiſſe; qui edi ſibi genus actionis apud eum iudicem deſiderat.* An qui id deſiderat, hunc Modeſtinus intelligit vocatum in ius, an non? Vocatum ſine dubio.

ſeritur, quod cauſſa omiſſa citatio, ceu indiſcreta non valeat, incerta ac fruſtratoria ſit. Et hoc requiſitum ſubſtantiale eſſe contra Noam. Meurer. *Proceſſ.* firmat. Meland. *Comm. Cameral. Parte* 2. *Membr.* 3 Itaque ſtatuunt Vir. *Lib.* 2. *deciſ.* 274. *n.* 8. Vant. *d. Tit. n* 50. *& ſeq.* Myrnt. *d. n.* 69. Scaccia *d. loc. n.* 14. *& ſeq.* Rulvot. *de Commiſſar. P.* 1 *Lib.* 5. *Cap.* 3 *n.* 5. Ayrer. *d. Obſ.* 2. *n* 18. *& ſeq.* Quod. & *ord. Cam. P.* 3 *Tit.* 12 §. 3. *Und. ſollen &c.* comprobatum eſt. Aliqualem autem tantam expreſſionem, ſaltem in genere, explicite tamen, inde requiri vult Mynſing. *d. Obſ.* 85. *n.* 7 *&* 8. ac Gail. *d. Obſ.* 51. *n* 1. Verum Scacc. *d n.* 15. in ſpecie fieri debere, non in genere. Idque expedire videtur eum *Ord. Cam.* ad hoc requirat cauſſam exprimi, ut & inſtructus venire queat citatus, & inanes dilationes ac protelationes cauſſarum amputentur. Atque in terris Saxonum quis citatio ſit ad finem præparandæ defenſionis cauſſam exprimi vel libellum inſeri debere, tradit Coler. *deciſ.* 297. *n.* 3. addatur idem *de Proceſſ. executiv. Parte* 3. *Cap.* 7. *n.* 2. Speckhan. *d Quæſt.* 9. *n.* 2.

2) Ita & poſt Cuiac. *Par. C. hoc tit.* & Baron. *in Manualibus* Gœdd. ad *L.* 8. *pr. de V. S. n.* 1. Diſſ. Vult. *ad pr. I. de act n.* 44. putans ordinem Pandectarum hic eundem eſſe qui eſt edicti perpetui.

3) Ita & Donellus *ad Rub. C. hoc tit. n.* 6. *&* 7. Rain. Curſ. 1. *Indag.* 2. In Digeſtis præponi Titulum de in ius vocando, quia ibi exactius obſervatus ordo iudiciorum, & principaliter hoc Titulo D. agi de libelli editione. In Titulo autem Codicis nuſquam de libelli editione, quæ fit in limine iudicii, ſed de rationum tantum editionibus, quæ poſt cœptum iudicium. Vult. *d. n.* 44. Titulos Codicis accommodatiores eſſe iudiciorum ordini. Putat enim editionem priorem vocatione fuiſſe, ſed male, ut mox. Cagnol. *in Rub. C. h. tit. n.* 24. In Codice, ait, alius ordo huius Tituli, quia in eo nullus eſt titulus generalis de in ius vocando ſicut in Pandectis. Nam LL. Cod. de in ius vocando de venia petenda loquuntur.

Digitized by Google

bio. Alioqui ad iudicem non veniſſet; neque hac exceptione deſugeret iudicium, quod ante non intenderetur. Nondum tamen edita ei erat actio, utpote, quam ſibi edi deſiderat. Vocatum igitur Modeſtinus intelligit, cui actio ante non fuit edita, ſed poſtea edenda eſt, & quidem quam edi reus multo poſt poſtulat, nempe apud iudicem. Semper ergo in ius vocatio [4] editionem agendi ordine antecedit: ſed ut dixi meditandi, ſeque comparandi ordine editio prior. Nam cum iubeatur actor, cum reum vocat in ius, libellum offerre reo, *Auth. offeratur, C. de lit. conteſtat.* opus eſt, prius de actione ſecum deliberet, eamque concipiat apud ſe, quam deinde conceptam offerat, ſeu edat ei, qui in ius vocatus erit. Sed iam de re dicatur.

IV. Initio ergo meminiſſe oportebit, vocatione in ius quid agatur. Nempe ut qui vocatur veniat, ut cum venerit, ab eo quid petamus, de quo ille apud magiſtratum reſpondeat. Id quod ſi petitione noſtra ante non cognita ſtatim facere cogatur, næ rem periniquam ab eo exigamus. Nam neque certo, neque ſine fraude ſua id poteſt facere. Fieri enim poteſt, ut debeat, & errore aliquo vel facti vel iuris impeditus pro tempore ſe debere non putet. Itaque ſi conſulatur, reſponſurus ſit ſe non debere. Contraque poteſt fieri ut non debeat: idem tamen aut in iure errans, aut ſe liberatum ignorans, vel oblitus non neget ſe debere. Quorum in utroque evidens periculum proponitur non ſolum quod anceps falſum cogitur affirmare: ſed etiam quod in poſteriore ſe confeſſione ſua obligat, qui prius non teneretur; in altero dum iudicium temere ſuſcipit, magna moleſtia, & non neceſſariis ſumptibus ſe implicat: quibus, ut oportebat, cedendo carere potuiſſet. Hæc pericula inquam ipſum adire cogi propter ignorantiam actionis, & acerbum, & plane iniquum eſt. Neque enim eius culpa eſt, quod non multo ante divinarit, quid & qua de re ſecum ageretur, ſeque præmuniverit. Non abs re igitur hac quoque parte ratio habita eſt eorum, quibus cum agitur, ne prius reſpondere cogerentur actori, ac proinde ne in ius quidem venire quam de actione, qua conveniuntur, cognoviſſent. Qua de cauſſa eam actor ante omnia ei qui in ius vocatur, edere iubetur. De quo hæc ſive edicti, ſive Ulpiani, ſive utriuſque verba ſunt in *L. 1. D. de edendo*; *qua quiſque actione agere volet, eam prius edere debet. Nam* [5] *æquiſſimum videtur; eum qui acturus eſt, actionem edere, ut proinde ſciat reus, utrum* [6] *cedere, an contendere debeat: Et ſi contendendum putat, veniat inſtructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur.* Et quoniam nihil profuerit ad reum inſtruendum, quid agat, actionem ita edere, ut hac intellecta ſtatim reſpondere cogatur: ſed ſpatium eſſe oportet ad rem diligentius cognoſcendam, & conſilium ex re capiendum: idcirco non edi tantum iubetur reo actio: ſed illi etiam ſpacium datum eſt, quod ſatis eſſe videretur ad eam deliberationem. Quod ſpacium ante ſua tempora fuiſſe certum, & fuiſſe 10. dierum Iuſtinianus ſcribit in *Novell. 53. de exhibend. reis, §. illud quoque,* & *§ ſed & aliud.* Ipſe ibidem tempus conduplicavit, & 20. dies ſtatuit, ut ſupra quoque docui: quod & iure pontificio cautum eſt, niſi quod in arbitrio iudicis numerum dierum eſſe poſitum vult, & hoc ipſum tamen ita vult, ut ſi nimis breve tempus conceſſum fuerit a iudice poſſit de ea re appellatio interponi: ut pluribus explicatur in *C. 1. & 2. extr. de dilat. C. conſuluit. extr. de offic. deleg. C. ult. ut lit. non conteſt.*

CAP.

4) Et ita noſter ad *Rubr. C. h. t. n. 7.* ac recte. Et conſentiunt Rævard. ut *ſupra N. 1.* P. Pithoc *in not. tit. 2. Coll. LL. Moſaic.* aiens Iuſtinianum in *§. ult. Inſtit. de pæn. temp. litig.* ordinem eum, quo in ius vocatio editionem præceſſit, in veteri iure digerendo religioſe ſecutum eſſe. Et pluribus comprobat Forſter. *in Parat. D. hoc tit.* Diſſ. Vult. *in princ. Inſtit. de act. n. 44.* volens iuxta veterem quoque iudiciorum morem non ante vocatum reum, quam edita eſſet actio, cum nec ante ſciretur quæ eſſet actio, niſi ederetur. Quæ & opinio Ant. Fab. *ad L. 1. pr. h. tit.* & Cuiacii 10. *Obſerv.* 10. Qui vult olim præceſſiſſe editionem, hodie autem utrumque fieri ſimul & ex continenti. Ac in *Par. C. hoc tit* facile conſtitui non poſſe utra altera prior ſit, coniunctas potius videri. Cæterum ex *d. L. 33* recte probat Obrech *de Concip. libell. Cap. 5 n. 5. & ſeqq.* non neceſſariam eſſe proteſtationem reo. ut ſalvo iure ſuo recipiat libellum. Nam etſi ſimpliciter receperit, vel etiam petierit eum edi, nihilominus contra formam libelli, iudicem actoremve, poſtea excipere licet per *d. L. 33.* ad Scaccia *1. de Iudic.* 100. *n. 17.*

5) Cum enim actor prius deliberaverit & neceſſaria præparaverit, æquiſſimum eſt hoc reo, qui nihil providit, ſæpe ex improviſo invaditur, tribui Leonin. 5. *Emend.* 8. *n. 1.* Et libellus ſubſtantialis actus iudicii, imo eorſdem fundamentum dicitur, ad quem omnes alii actus, maxime litis conteſtatio, probatio & ſententia, referuntur, vid. Obrech. *de Concip. libell Cap.* 13 *n. 2.* Sich. *ad auth. offeratur* C. *de lit. conteſt. n.* 3. Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 25.

6) Ubi verbum *cedere* non ceſſionem in iure denotat, cui locus olim in vindicationibus, ac dominiis transferendis, cum hic de omnibus actionibus etiam in perſonam, & de his maxime, agatur; ſed ex oppoſito *contendere* intelligitur, quid hic ſit cedere, nempe debitum agnoſcere. Don. *ad L. 3. C. hoc tit. n. 2.* Fac. *L. 21. de iudic.* Baſilica habent [illegible] quod eſt transfigere, & ita verbum *cedere* hic exponit Cuiac. 10. *Obſ.* 30. ac pro eo *deciſere* reponit Goth. *in d. L. 1.* quod ibidem Anton. Fab. merito reprobat.

C A P. I V.

Quid ſit edere actionem, & quomodo ea recte edatur.

Edere *quid cum ex mente prætoris, tum ex Iuſtiniano ſignificet*. I.
Edita recte *actio dicitur, quæ & certam rem, & petendi cauſſam, & genus actionis complectitur*. II.
Petendi cauſſa modo ſpecialis, modo generalis ſufficit, prout vel in perſonam eſt actio, vel in rem. III.
Quid ſi in illa ſpecialis cauſſa; in hac deſignatio rei omittatur. IV.
Nomen & genus actionis oportet exprimi ex iure civili; ſed iure canonico res ita deſcribi, ut actionis genus intelligatur. V.

I. QUid ſit edere, videamus. Edere quidem proprie hoc declarat promere rem, exhibere, inſpiciendi poteſtatem facere. Tot enim verbis rem eandem imperatores expreſſerunt in *L.* 1. *L.* 4. *L. ult. C. de eden.* ſed in edicto de edendo ex mente prætoris edendi verbo amplius quiddam continetur. Cum enim propoſitum ſit prætori, ut actio & inſtrumenta reo edantur, quo reus inſtruatur, & inſtructus cedat, ut veniat ad agendum: quod fieri non poteſt, niſi rem editam apud ſe habeat diutius, ut ex ea conſilium capiat: Edere hic ſic acceptum eſt, ut ſit aut ſcriptum tradere, quod editum velis, aut ſcriptum ita oſtendere adverſario, ut ſit ei excipiendi, vel deſcribendi copia. Quo ſcilicet adverſarius ſcriptum apud ſe auferat, & ex eo, ut dixi, deliberet. Idque, eſt quod huius verbi deſcriptione duobus locis oſtendere voluit Ulpianus: nempe, in [1] *L.* 1. *§.* 1. & *L. argentarius, §. edi. D. eod.* ſed Iuſtinianus circa actionem, de qua agimus, plus exegit. Conſtituit enim, ut [2] actor actionem complecteretur libello, eumque libellum

1) Edendarum actionum olim, (5) diverſæ rationes, ut Rev. *Protrib. Cap* 4. & Vult. *ad pr. I. de act. n.* 43. (1) Dicere qua actione uti velit (2) Deſcribendæ actionis copiam facere (3) Suam intentionem in libello offerre adverſario. (4) Ex libello eam dictare adverſario. (5) Adverſarium ad album producere & demonſtrare quid dictaturus eſt *d. L.* 1. *§* 1. ubi Cuiac. 8. *Obſ.* 15. pro illis *quod dictaturus* reponit, *ex quo edicto acturus*, quia ita in Baſilicis: Nulla neceſſitate. Haut melius Alc. 2. *diſpunct. alt. &* 8. *Parerg.* 7. illic *adverſaria ſua* in *d. §.* 1. hic unitatis quidem numero *adverſarium* legit, ſed rationes tumultuarie ad memoriæ ſubſidium confectas exponit, quaſi Ulpianus velit edere eum dici, qui tabulas illas tumultuarias oſtendit in rationum libris. Quem etſi tueatur Rob. 3. *Sentent.* 13. alii plures recte refellunt, Duar. 2. *Diſp.* 13. Balduin. *in not. ad d. L.* 1. & A Fab. *in Rational.* Forc. *Cupid. iuriſperito C.* 17. *a* 8. Leon 5. *Emend.* 8. *n.* 6. Vult. 1. *Diſc.* 6. Pallador 2. *Rer. Quotid. C. fin P.* 5. *§.* 1. *n.* 8. *&* 9. Et hic quidem adſcripto loco ex Seneca *ad Lucil. Epiſt.* 49. ſed & *d. §* 1. de actionis editione ſermo eſt, cum qua nihil commune habet editio rationum. Nec apte dicuntur produci rationes, aut inſtrumenta, ſed proferri Duar. & Balduin. *d. loc.* (quod poſterius tamen Rob. *d. loc.* refellit) Quin & rationum editio perſpicue ac a capite fieri debet, *L.* 10. *§.* 2. *h. t.* Quare ſummatim, in adverſa charta ſcripta parum proficiunt, Forc. *d. loc.* Putant quoque Duar. & Balduin. adverſarium pro tabulis, unitatis numero, Latine non dici. Quod etſi agnoſcat Rob. *d. C.* 13. volens alterum locum Alc. 8. *Parerg.* 7. typographi incuria depravatum. Attamen Henr. Salmuth. *in not. ad Pancirol Lib.* 1. *Memorab. C.* 1. hac quoque acceptione ſingulari numero reperiri contendit. (De tabulis iſtis quotidianis & unde dicta adverſaria vid. Alc. 1. *Parerg.* 24. *& d. loc.* Cuiac. 8. *Obſ.* 15. Coraſ. 1. *Miſc.* 18. Langlæ. 4. *Semeſtr.* 5. *pag.* 203 Vult. *d. diſc.* 6. Marc. Lyclama *Lib* 2. *Membranar. Eclog.* 15. Male Guvea. 2. *Var. Lect* 14. legit averſaria. Ita enim infiniti probatorum auctorum loci corrigendi forent) Pars ergo adverſa ſignificatur, ſeu reus productus ad album, id eſt, matriculam prætoris Duar. *d. loc* vid. *ſupra Lib* 15. *Cap.* 25. *N.* 16. Et Revar. quidem *d. C.* 4. album formularum intelligit, quaſi aliud fuerit ab albo edictorum. Cum formulas publice expreſſas a prætore fuiſſe teſtetur Cic. *pro Roſcio.* Sed Vult. *d. C.* 6. duplex album non agnoſcit, verum in eodem & edicta & actiones ac interdicta relata fuiſſe. Quod magis eſt; Veteres autem Codices pro *ad albam* habuere, *ad aliam* nullo ſenſu idoneo, teſte Politiano *Miſcel. C.* 82. & Vacon. 6. *Declar.* 88. *n.* 10.

2) Et hoc ex conſtitutione Iuſtiniani cum olim quoque voce ederetur, dictante actore, Don. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 4. Zoan. *ibid. n.* 3. Sich. *ad d. auth. offeratur n.* 3. Aſin. *Prax. §.* 4. *Cap.* 10. *n.* 2. excepta conventione illuſtrium *L. ult. D. de priv delict. L. quoties* 7. *C. de dignit.* Azo *in Summa C. h t. n.* 12. Hinc interpretibus libelli editio pro editione actionis. Differt tamen actio, etſi pro formula ſumatur ſcripto comprehenſa, a libello qui eſt ſcriptura continens ac exhibens formulam *L.* 1. *§.* 1. verbis *libello complecti h. t.* vid. Zoan. ad *d. L.* 1. *n.* 1. Vacon. 6. *Declar.* 78. *n.* 9. Etſi contra Obrecht. *de Concip. libell. C.* 2 *n.* 7. In ordinariis itaque iudiciis libellus in ſcriptis offerendus iure communi *d. auth offeratur Cap.* 1. *extra de libel. oblat. C.* 11. *de probat.* Fac. *Nov.* 83. *pr.* quod de ſubſtantia libelli eſſe tradunt Sich. *d. n.* 3. Aſin. *d. n.* 2. Sneidvin. *ad §.* 1. *I. de act. n.* 99. Lanc. Conrad. *de Off. prat. in cauſſ. civilib. v Libellus n.* 7. Scaccia 1. *de iudic.* 50. *n.* 19. Coler. *Deciſ.* 111. *n.* 1. Et DD. alii paſſim ut nec rigori iuris ſatisfieri putent, ſi actor coram iudice actuario dictet libellum, & is in actis ſcribat; non tamen ita in ſcriptis oblatum cenſeri vid. Marſil. *Sing.* 364. Scaccia *d. n.* 19. Aſin. *d. §* 4. *Cap.* 5. *n.* 1. Sed huic quidem ſcrupuloſitati uſus iudiciorum in pluribus curiis derogavit, Sneidvin *d. n.* 99. Speckan. *Cent.* 5. 63. *n.* 3. Et iure Saxonico libellos oretenus dictatur iudici, vel ab eo deputato iudicii notario, cui pari modo reus reſpondet, Coler. *Dec.* 111. *per Lib* 2. Landr. *Art.* 3. Quod nec arbitrarium apud nos hodie, ſed neceſſarium ex *Nov. Elect. Sax.* 1. *p.* 1. Iacob. Schult. *Obſ. forenſ.* 6. *n.* 4 *& Obſ.* 2. *n.* 1. ubi inquirit, num brevibus actor ſe ad libellum antea pro citatione obtinenda emiſſum referre poſſit. Quod negat, quia forma ad unguem obſervanda, &c. itaque iudicatum in Curia provocationum teſtatur *ibid. n.* 30. Contra tamen Lipſiæ aliquando pronunciatum, vid. Reinh. Roſa. *Addit. ad Moll. Nov. Elect.* 1. *P.* 1. *n.* 9. In ſummariis vero cauſſis libellum non requiri tritum eſt, *Clem. ſæpe* 2. *pr. de V. S.* Maranta *P.* 4. *Diſt. iudic.* 9. *n.* 12. Scaccia 1. *de Iudic.*

53.

bellum offerret ei, quem in ius vocat. *Auth. offeratur, C. de lit. conteſt.* hoc intelligi ad actionis, & omnium inſtrumentorum, de quibus edixit prætor, editionem ſatis erat, ſi ut inſtrumentum, ſic actio res eſſet certa, quæ incurreret in oculos. Nunc autem ea incorporalis res eſt, quæ intelligitur tantum, non cernitur, ac talis futura eſt, qualis erit eius conceptio.

II. Propterea hoc quæritur, quo modo oporteat actionem libello concipi, ut, ſicut prætor exigit edita videatur. Aiunt imperatores in *L. edita, C. eod* edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat. Quanquam imperatoribus aliud propoſitum eſt eo loco, quam ut rem hanc de qua quærimus definiant, ut ex interpretatione eius legis, quam ſubieci intelligi poteſt: tamen ſi vere illud dictum eſt, actionem editam ſpeciem futuræ litis demonſtrare, licet ita definire. Tum demum recte actionem editam videri, cum ita concepta in libello, & edita eſt, ut 3 ima-

53. Iacob. Schult. *Obſ. forenſ.* 3. *n.* 10. *& ſeqq.* Ubi uſque ad *n.* 264. cauſſas huiuſmodi 150. enumerat. Sed & plures cauſſæ, in quibus vel perſonarum vel rerum ratione libelli ſolemnitas remiſſa, reperiuntur. Quas percenſet Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 6. *n.* 5. *& ſeqq.* Ioh. Pels *Proceſſ. Tit.* 20. *n.* 14. *& ſeqq.* pleniſſime Aſin. *Prax.* §. 4. *C.* 3. 80. caſus referens. Sed & de cauſis ſummariis forſan quædam *infra Lib.* 24. *C.* 5. dicemus. In illis tamen qualis qualis petitio ſimplex narrationem facti apertam continens omnino exigitur, tum ut iudex ſciat, quid agere debeat, tum ut adverſarius conſultare poſſit, an lis ſubeunda ſit. Unde etſi ad validitatem proceſſus non requiritur libellus, tamen omni ſolemnitate remiſſa ſimplex petitio omitti nequit, cum iuris ſit naturalis, vid. Maranta *d. n.* 12. Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 33. *n.* 16. Gravat. *ad Pract.* Veſtrii *Lib.* 5. *C.* 1. *n* 10. Scaccia *d. Cap.* 53. *n.* 11. Aſin. §. 3. *C.* 4. *n.* 8. *&* §. 4. *C.* 1. *n.* 3. Sfort. Odd. *de Reſtit. in int. P.* 1. *Q.* 35. *Artic.* 1. *n.* 6. Iac. Schult. *d. Obſ.* 3. *n* 270. *& ſeqq.* Meichſner. *Lib.* 1. *Deciſ. Cam.* 28. *n.* 2. *& ſeqq.* Niſi ubi aliunde facti cognitionem iudex habere poſſit ex aliis deductis, Aſin. *d.* §. 3. *C.* 6. *n.* 3. Meichſn. *de Deciſ* 28. *n.* 22. *ac ſeq.* Quod in iis cauſſis admitti poteſt, in quibus ratio edendæ adverſario actionis ceſſat. Offerendus autem libellus adverſario quoque non petenti, Rosbach. *Proceſſ. T.* 33. *n.* 9. Nam agentem ſine libello iudex ex officio reiicit, vid. Aſin. *de Exſec.* §. 3. *C.* 60. Rulant. *de Commiſſar. P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 10. *n.* 2. Ideoque nec conventione partium omitti poſſe, nec tacite, non petendo, nec expreſſe, crebrius obtinuit, vid. Aſin. *Prax.* §. 4 *C.* 6. Sich. *ad d. auth. n.* 4. qui aliam rationem ſcribit eſſe iuriſiurandi calumniæ quod non ita ſit actus ſubſtantialis iudicii, Io. Pels *T.* 20. *n.* 13. Obrecht. *de Libell. C.* 6. *n.* 4. quia inquiunt, etiam iudicis gratia offerendus, ut ſecundum eius tenorem ſententiam ferat. Et ita quidem eſt, eaque ratio efficit, ut iudici ipſi omnino exhibeatur libellus initio, quo ſpeciem litis futuræ ipſeque cognoſcat. Monach. *Pract. iudic. P.* 4 *initio* Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 9. Speckhan. poſt alios *Cent.* 1. *Q.* 63. *n.* 1. *& Q.* 46. *n.* 47. Unde cauſſæ expediendæ conducere ſcribit Obrecht. *C.* 4. *n.* 5. ut duo libelli offerantur iudici, quorum alterum actori exhibeat, alterum ad acta ponat. Pacto itaque partium non efficietur ne iudici fiat editio. Aſt quin ſibi invicem remittere eam partes poſſint quid impedit? Speckhan. *dd. loc.* Quomodo Bover. *Sing.* 31. *n.* 14. ſolemnem libellum in ſcriptis poſſe ita omitti, modo petitio aliqua interveniat, & in actis ſcribatur. Ac communem opinionem vocat Lanfranc. *in clem. ſæpe* 2. *v. libellus de V. S.* referente Chriſt. Wintzlero *Addit. ad Proceſſ.* Pels *d. n.* 13. Quæritur; Cuius expenſis datur? Ex crebriori ſententia actoris, Maranta *P.* 6. *Membro iudicii* 3. *n.* 2. Aſin. *Praxi.* § 5. *C.* 3. *n.* 1. Io. Pels *Proceſſ. Tit.* 25. *n.* 13. Sigiſ. Scaccia 1. *de Iudic.* 100. *n.* 10. Speckhan. *d Quæſt.* 64. *n.* 51. Alii tamen ubi conſuetudo Curiæ non adverſatur, quæ cum primis attendenda, ſumptibus Rei, cuius gratia fit editio, vid. Sich. *ad d. auth. offeratur n.* 11. Wurmſer. *Tit* 9. *Obſ.* 10. Obrech. *de Libell. C.* 4. *n.* 5. Hanc contentionem dum Ilico Ummius *Diſp. Proceſſ.* 6. *Th.* 9. 42. hac diſtinctione dirimi putat, ut reo ſumptus ſuſtinendi ſint, ſi temere iudicium ſubeat, actori vero ſi iuſte iudicium accepit reus, ſtatum quæſtionis non attendit. Nam hic quæritur, cui hi ſumptus initio, dum cauſſa præparatur & inſtruitur, faciendi. Uter vero iuſte litem foveat ſententia demum patefit. Quin & reus qui iuſte quidem contradixit, ſuccubuit tamen, etſi in expenſas adverſario non condemnetur, quas tamen ipſe erogavit, non recipit. In ſummariis ſane ubi ſcriptum libellum offerri non neceſſe eſt, ſi petitionis voce prolatæ, & ab actuario conſignatæ, exemplum petat reus, ipſius ſumptibus edi docuit Maran. *P.* 4. *Diſt* 9 *n.* 15 Scaccia 1. *de Iud.* 53 *n* 9. An & quando libellus die feriato exhiberi poſſit, notabo *infra Lib.* 24. *C.* 7. De ſignificatione vocis libelli & variis eius acceptionibus in iure, ne prolixior ſim, conſule Obbrech *h. Tr. C.* 1. *n.* 10. Monach *Pract. p.* 4. *C.* 1. Pels *Proceſſ. Tit.* 20. *n* 6. P. Frider 1. *de Proceſſ extrahend.* 2. *n.* 2. & omnino Parlador. 2. *Rer. quotid C. fin. p.* 5. §. 2. *n.* 1. Suavis vero & feſtiva notitio Scacciæ 1. *de Iud.* 50. *n* 4. quod dicatur a libra, quia ius dicens debeat geſtare ſtateram in manibus, &c.

3 ¹ Vid. Don *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 5 Unde Libellum etſi alii varie deſcribunt, quod referre operæ non videtur, definit Obrech. *de Libell. C* 2. quod ſit verborum conceptio brevis & aperta futuræ litis ſpeciem in iudicio proponens; *Brevis per tex. L. ult.* §. 1. *C. de appell.* ut neceſſaria ſolum contineat, non ſuperflua. Quæ præſenti negotio accommodata atque ad cauſſam illuſtrandam pertinent eamve probabilem reddunt *C. examinata* 15. *de iudic* de quo belle Vigel. *Lib.* 3. *Inſtit. fori C* 4 Obrech. *C.* 11. *n.* 30. quos vide. Digreſſio ſane omnis non reſpuenda, ſed ſi brevis, nec longius a propoſito deducat, ſi utilitati cauſſæ deſerviat nec otioſa ſit, Vigel. *d. Lib.* 3. *C.* 7. Aſt valde vulgo peccatur, dum quævis facti circumſtantiæ ponuntur, ſæpe ſupervacuæ, quæ cauſſam obſcurant, graviorique probatione onerant, Obrech. *d. C.* 11. *n.* 37. Et utinam quam tritum illud: *gaudent brevitate moderni*, tam etiam frequentaretur. *Aperta*, ſeu dilucida ac perſpicua, ut rei geſtæ ordine ſervato res exponatur, & ut quodque prius poſteriusve geſtum, ita referatur, cum initium cuiuſque negotii ſpectandum ſit *L.* 8. *pr. Mand.* Quod exemplo declarat Obr. *d. C. n.* 11. *n.* 32. *& ſeq.* Ac etſi copia nimiuſque ornatus verborum, ad aures demulcendas oratori magis conveniat, verbis tamen hic ſtudendum propriis, uſitatis, non obſoletis atque incognitis Nec quod Craſſus apud Cic. 2. *de Orat* ait. *Confuſa ſit ac perturbata oratio, quæ non lumen rebus ad obſcuritatem & tenebras adferat*; vid. Vigel *d Lib* 3 *C.* 9. Obrech. *d. C.* 11. *n.* 34. *& ſeqq.* Clarus itaque ſit, ac certus libellus, nihil ambiguitatis aut obſcuritatis continens *d. L. ult.* §. 1. *C. de appell. Nov* 107. *C.* 1. *C. conſtituentus* 6. *de relig. dom. C litera* 3. *de dilat.* Certamque habeat petitionem, ut ſententia quoque certa ferri poſſit, nec generalis ſit, unde obſcuritas *L.* 7. *comm præd C. venerab.* 8. *de confir ut vel inut.* Obſcuritas autem libelli quintuplex vulgo ſtatuitur Nempe ex ſermone 1 ambiguo (2) generali (3) disiuncto vel alternativo (4) non coarctato (5 indefinito, Marc. de Mantua *Singul.* 93 & 521. Speckhan *Cent.* 1 *Q.* 64. *n.* 20. *& ſeqq.* Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 18. Sed poſteriores duo modi ad ſecundum commode referri poſſunt, ut ibidem addit Scaccia *ibid.* (6) modum ex ſermone contrario per *L.* 188. *d R. I.* Fac. *L.* 1. *C. Si ſerv. extero & ſimil* Coler. *ad C* 2. *iunct. C dilecti* 8. *extra de excep. n.* 42. Hinc exceptio obſcuri, generalis, alternativi libelli. Qua obiecta, reum ab impetitione abſolvi, actoremque in expenſas damnari, tradunt poſt alios Speckhan. *d Q.* 64. *n* 4 Obiici autem debet hæc exceptio in primordio litis Nec poſt litem conteſtatam auditur, quia dilatoria eſt, ac litem conteſtando ſe obſtrinxit reus ad proſecutionem cauſſæ. Coraſ. *SC. Velej.* 29. Speckhan. *d. Q.* 64. *n.* 6. Receptum enim eſt ut libellus obſcurus, non contradicente initio adverſario, admittatur in cauſis civilibus, per *L. ult.* ibi *licet generaliter C. de ann. ex.* Maranta

imaginem & formam futuræ litis demonſtret, Ideſt, quæ ita eſt concepta, ut ex eo ſcire poſſit reus, qua de re ſibi lis, & certamen cum adverſario futurum ſit, ut proinde, quod eſt in *L. 1. D. eod.* poſſit iam initio ſtatuere, utrum cedere, an contendere debeat: Et ſi contendendum putet, veniat inſtructus, quo modo ſe adverſus petitionem tueatur. Id conſequitur actor formula actionis, ſi tria 4 comple-

ranta *P. 6. D. h. t. n.* 22. Gall. 1. *Obſ.* 62. *n.* 11. *&* *Obſ.* 66. *n.* 6. Scaccia *d. C.* 50 *n.* 13. *ac ſequenti* Bover. *Sing.* 31. *n.* 12. Marſil *Sing.* 348. Mant. *Sing* 93. Speck. *d. Q.* 64. *n.* 5 quia, ait, dum tacuit, videtur perſpexiſſe quid peteretur, vel ius deliberandi ſua ſibi negligentia præcidiſſe. Quod tamen impugnat Petr. Gerard. *Singul.* 4 *n.* 11. *& ſeqq.* (1) per *L.* 6. *in ſ. v. debebit de R. V.* Nam eum ea L. det formam, non ſervata forma, actus nullus. (2) Omiſſa forma legis & ordine iuris conſenſus partis nil operatur. (3) Alias teneretur iudex ferre ſententiam incertam. Ad *d. L. ult.* Reſp. Gerard. *n.* 7 *& ſeq.* loqui eam de interrumpenda præſcriptione, & ita de libello citatorio. Quælibet autem citatio, ait, generalis quoque ac indiſcreta interrumpit præſcriptionem. Quomodo & Vacon. *ut h. C. N.* 9. *circ. med.* In quo ipſo tamen (de citatione obſcura) alii non conſentiunt, vid. Surd. *Deciſ.* 5 *n.* 4. *& ſeq.* Et recepta opinio declaratur ut ſatis ſit, ſi in proceſſu cauſſæ libellus explicetur, Maranta *d. n.* 22. Quod & iudex poſt acceptum iudicium ex officio iniungere poteſt, Speckh *d. Q.* 64. *n.* 7. Aſin *de Exſecution.* §. 3. *Cap.* 100 ac niſi declaretur eum remittere parte non petente. Aſin. *d.* §. 3. *Cap.* 64. Eo autem ipſo quod declarari petitur libellus obſcurus is approbatur. Mantua. *Sing.* 93. *&* 273. Quare cautius eſt, ne reus interpretationem obſcuritatis exigat, ſed dicat ſe ad reſpondendum non teneri & ab inſtantia abſolvi debere. Gail 1. *Obſ.* 64. *n.* 12. Coler. *ad C.* 2 iunct. *Cap. dilecti* 8. *ſupr. de exception. n.* 40 Ioan Pels *Proceſſ. Tit.* 26. *n.* 8 *ubi n.* 9. Chriſtoph. Wintzler *in addit.* cautelam hanc reprobat. Certis denique caſibus huic exceptioni nec initio locus. Velut (1) in cauſſis ſummariis Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 15. Maranta *P. 6. h. tit. n.* 24. Niſi obſcuritas tanta, ut facultatem deliberandi auferat reo. Tunc enim eo opponente non valet libellus, ne defenſio ipſi adimatur, ne quidem ſi ſola facti veritate inſpecta procedatur. Maran. *d. loc.* Scaccia *d. C.* 50. *n.* 17. Aſin. *Prax.* §. 4. *Cap.* 2. *n.* 3. *&* 4. (2) Si obſcuritas non in principali intentione, ſed quibuſdam adiectis Maran. *d. loc. n.* 22. (3) Si in quolibet ſenſu plurium interpretationum ambiguæ locationis intentio agentis teneat, Maran *ibid.* Ac in ſpecie alternativus libellus recipitur, ſi illa incertitudo ex facto alieno, aliove eventu dependeat: Veluti: peto declarari rem meam iure dominii, vel quaſi contractum nullum, & ſi quis ſit, eum reſcindi. Peto rem vel æſtimationem, factum vel intereſſe. Cuiuſmodi libellos uſu notiſſimo iudiciorum admitti, adeoque iure etiam ſubſiſtere, eum videatur peti eo ordine ac modo quo iure licet, docet Mynſ. 4. *Obſ.* 2 add. idem 2. *Obſ.* 42. Wurmſer *T.* 9 *Obſ.* 1. Gail 1. *Obſ.* 62. *n.* 4 *& ſeqq.* Pinel. *in L. 2. C. de Reſc. vend. p.* 3. *Cap.* 3. *n.* 8 *& ſeqq.* Speckhan *d. Q.* 64 *n.* 36. *& ſeqq.* Meichſner. *Lib.* 1. *Deciſ. Cam.* 21. *n* 7. Et in obligatione diſiuncta, quoties electio debitori competit, petitio non pure proponenda, ſed eo modo quo debetur, alias plus cauſſa petitur. § 33. Verſ. *hac* a. *L. de act. L.* 75. §. 8. *de V. O.* Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 19 *n.* 34. *& ſeqq* Unde in conditione ex *L. 2 de reſc. vend.* conſultius eſt, ut alternative concipiatur libellus, etſi in Camera petitio pura de re redhibenda admiſſa fuerit, ſententia diſiunctim concepta, Gail. *d. Obſ.* 62. *n.* 10 Mynſ. *d. Obſ.* 42. *n* 5 vid. Pinel. *d. loc.* De libello generali & incerto vid. *h. C. N.* 5. Ob contrarietatem ut vitietur & quibus modis ſuſtineatur, vid. Menoch 2. *Præſum.* 41 Variæ diviſiones libellorum apud formularios. Solemniores duæ: (1) a cauſſæ genere Alius civilis, qui conventionis *L. ult. ſub fin. C. de ann. exc. Nov.* 53 *Cap.* 3. reclamationis *C.* 1. *de lib. oblat.* alius criminalis, qui accuſationis *L.* 17. *C. de accu. & inſcriptionis L. 3 pr. &* §. 1. *D de accuſ. L.* 2. §. *ult. de adu.* uſurpatur. Obrech. *C.* 2. *n.* 10. *& ſeqq* Qui alias Querimonialis Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 33 *n.* 5. (2) a modo concipiendi. Alius abſolutus continua orationis ſerie factum complectens, qui & ſimplex ac ſummarius; alius articulatus ſeu poſitionalis certis ac diſtinctis enunciatis, quæ articuli & poſitiones dicuntur, circumſtantias facti ſingulatim deſcribens, Obrech. *d. C.* 2. *n.* 14. Vult *ad pr. I. de act. n.* 47. Frider. 2. *de Mandat. iudic.* 9. Rosbach. *Tit.* 33. *n.* 2. & alii. Licet autem nonnulli formam articulati expeditiorem cenſeant, Coler. *deciſ.* 118. Ventura de Valentiis & ab eo citati *Parthenii litigioſi Lib.* 2. *Cap* 13. *n.* 58. Ioan. Pels *Proceſſ. Tit.* 20 *n.* 32. *ac ſeqq.* Unde is pluribus curiis, ſupremaque imperii *Ord. Cam. P.* 3. *Art.* 12. frequentatur. Eo tamen ſæpius intricari magis, quam extricari negocium, ut difficilius perſpici queat quis totius negocii principalis ſtatus, quæ quæſtio principalis, quæ acceſſoria, queritur Vigel. *Lib.* 3. *Inſtit. fori C.* 1. *p.* 248. Eumque D. Auguſtus Sax. Elector *Nov. ſua* 2. *p.* 1. & foro plane exterminavit & iudicis officio reiici iuſſit. Et iuſte quidem inveterato iudiciorum fori Sax. uſu ita obtinuiſſe contra Fachſ & Henning. Goden. adſtruit, Ia. Schult *Obſ. forenſ.* 4. Formulam libelli articulati eiuſque expoſitionem pete ex Obrech. *de Conc. libell. C.* 17. & Io. Pelſ *Proceſſ. Tit.* 21.

4) Blaret. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 25. Tria, ait, principaliter continere debet. Factum ſeu cauſam obligationum, quæ ex facto, ſeu iuris vinculum, & actionem, quæ inde oritur. Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 33 *n.* 24 Tria ſubſtantialia: Narratio facti, medium concludendi, & ipſa concluſio, add. Sneidvin. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 106. Obrech. *de conc. libell. Cap.* 2. *n.* 10. *&* 20. Tres partes: Cauſſa petendi formæ; rei narratio materiæ; & petitio finis rationem habens. Vulgo quinque requiſita ſtatuuntur, quæ in hoc diſticho:

Quis, quid, coram quo, & quo iure petatur, & a quo
Recte compoſitus quiſque libellus habet.

Maranta *P. 6. h. t. n.* 4. Vult *ad pr. I. de act. n.* 50. Obrech *Cap* 11. *n.* 1 Scaccia 1. *de Iudic.* 50. duas partes ſubſtantiales cum Papienſi ſtatuit: Narrationem facti, cuius 5. requiſita, ut relato diſticho. Et petitionem, ſed ex ſtilo forenſi plura requiri poſſe. Et Donellus quoque ad *L. 3 C. h. t. n.* 6. quinque requirit: Perſonas, rem, cauſam, petitionem & genus actionis, P. Gregor. 48. *Synt.* 5. *n.* 6. *&* 7. Compoſitionis 4. partes principales: (1) Epigraphe, nomina litigatorum & iudicis ac in quo genere cauſſæ petatur, exhibens. (2) Expoſitio negotii, etiam omiſſo actionis nomine (3) Cauſſa petitionis. (4) Concluſio. Enimvero Libellus Iuriſconſultorum item practicus ne iudicialis, Syllogiſmus nuncupatur, Io. de Arnuno *Pract. iudic. Cap.* 27. *n* 2 Weſ. *Parat. h. t. n.* 3. Coler. *ad C.* 2. *& C. dilecti* 8. *extra de except. n* 38 Obrech. *C.* 11. *n.* 25. Io. Pels *d. Tit.* 20. *n* 29 Vigel. 3 *Inſtit. fori* 2. qui formam ſubſtantialem eiuſdem ſtatuit argumentationem, quæ vel perfecta, aut Syllogiſmus, vel imperfecta ut Enthymema. Aſt ſi totius libelli ſtructuram ſpectamus. Continetur ea primo exordium. Quod exhibeat nomina (1). Iudicis, cuius proprium nomen exprimi neceſſe non eſt, ſed compellari cum uſitatius eſt officii dignitatis vel iuriſdictionis nomine, quia agitur coram eo, tanquam Magiſtratu, vel publica poteſtate prædito. Et ex Magiſtratu quis notus pluribus, quibus nomen eius ignotum, ac ex officio magis noſci perſonam quam ex nomine probat *L. pen de Reb. Dub.* Sneidvin *in* §. 1. *I. de act. n.* 120. Maranta *P. 6. h. Tit. n.* 8. Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 3. Ioh. Pels *Tit.* 21. *n.* 4. Obrech *de Concip. libell. Cap* 11. *n.* 10. Speckhan *Cent* 1 *Q.* 64. *n.* 12. (2) Actoris, quod omnino neceſſe, quando alieno nomine agit, non utique quando ſuo, ut poſt Bald. *in L. 3. C. h. t.* & DD Pels. *d. Tit.* 21. *n.* 4. Obrech. *d. loc. n.* 13. & Speckhan. *n.* 13 Et illic quo nomine, ac num in rem ſuam vel alterius agat, una dicat Sicuti & Prælatus ac Syndicus in civilibus libellum concipiunt nomine Eccleſiæ, Collegii, vel Univerſitatis. Foller. *Addit ad Marant. hoc tit. n.* 6 *&* 7. Pels. *d. loc n* 8. Scaccia *d. Cap.* 50 *n.* 22. Et actor a tutore, eove auctore, conſtitutus nomine pupilli *ibid n.* 8. Quid in tutore infantis, & alio curatore, furioſi, aut adulti, vid Pels *d. loc. n.* 6. *&* 7. Nec refert in prima an tertia perſona, an impersonaliter nominetur, Obrecht. *d. Cap.* 11. *n* 15. Fic. *L.* 2. *C de Conſt. pec.* (3) Rei, qui ſi certus, quandoque nominis demonſtratio alia addenda, Obrecht. *d C.* 11. *n.* 17. Pels *d. loc. n.* 9. Etſi contra plures agitur, ut ſingulos, ex obligatione com-

pleſtatur: Rem quam petat; Cauſſam petendi: Et genus ſeu titulum actionis, quo

communi, omnes initio deſignandi nominatim, non vero appellatione conſortum, licet id in progreſſu cauſſæ admittatur, vid. Obr. *d. C* 11. *n.* 10. *&* 20 Pels. *d. loc. n.* 10. Quod ſi univerſitas conveniatur præſidentium, vel Magiſtratuum officia exprimi ſufficit, Pels. *d. loc. n.* 11. Obr. *n.* 21. *& ſeq.* qui & Syndicum nominari poſſe cenſet. Et ubi Eccleſia convenitur, concipi debet contra Prælatum nomine Eccleſiæ, Scaccia *d. C.* 50. *n.* 23. Foller. *ad Marant. h. t. n.* 9. In cauſſa eius qui a tutore vel curatore regitur, ſi infans, vel furioſus, deſignandus tutor vel curator, ut talis. Alias ipſe pupillus vel minor & una tutor. Foll. *d. loc. n.* 10 Scacc. *d. n.* 23. Si incertus reus, ſufficere ſi facti ſpecies aliaque commode proponantur ſcribit Obrecht. *d. C.* 11. *n.* 24. & Speckhan. *d. Q.* 64 *n.* 14. *per L.* 11. §. 3. *de Inſtit. act.* Atque hæc quaſi ſubſtantialia exordii. Sunt & alia, quæ accedunt eidem, nec adhiberi ea ſemper neceſſe eſt, expedit autem nunc his, nunc illis uti, prout res exegerit. Veluti: (1) Captatio Benevolentiæ, & attentionis, quæ tamen oratores magis decent, de quibus Cic. *Partit. orator. Dial.* 3. Nec nimis curanda Iuriſconſultis, aut iudex ad invidiam miſerationemve concitandus, Ariſt. 1. *Rhetor.* 1. Vigel. *Lib.* 3. *Inſt. fori C.* 1. *&* 3. Obrecht. *d. C.* 11 *n.* 3. *&* 5. Ventura de Valentiis *Parthenii litigioſi Lib.* 1. *Cap.* 15. *n.* 15. (2) Proteſtationes & clauſulæ adponi ſolitæ. Varias enim DD. commenti ſunt cautelas quibus a fronte & tergo muniretur libellus, ut ait Obrecht. *C.* 9. *n.* 3. Vulgo ſalutares item ſalvantes clauſulas nuncupant. De quibus nos ſummatim, non ex iure certo, cui ignotæ ſunt, ſed interpretum & formulariorum traditis. Eiuſmodi in exordio ante expoſitionem cauſſæ: (1) Proteſtatio de non conſentiendo in iudicem, niſi quatenus iure tenetur & de non prorogando iuriſdictione Vigel. 3. *Inſt. fori* 3. Io. Monach. *Pract. P.* 4. *C.* 8 *n.* 1 uſitatiſſimam vocans, ſed quæ in Camera attendatur (2) Quod ſe adſtrictum nolit ad probationes non neceſſarias. Hac effici volunt, ne plura probare teneatur, quam quæ ſtatum cauſſæ concernunt: cum, ea omiſſa, omnia in libello, etiam per modum qualitatis ne incidenter deducta probanda ſint, & ni probentur, actor ſuccumbat, ita vulgo per *L. habebat* 13. *pr. de Inſt. act. C. licet cauſſam* 19. *de probat.* Maran. *P.* 6. *h. t. n.* 17. Sneidvin. ad §. 1. *I. de act n.* 121. Monach. *d. C.* 8. *n.* 3. Roſh. *Proceſſ. T.* 35. *n.* 4. *ac* 5 *ſeqq.* Scacc. 1. *de Iud.* 50. *n.* 28. Io Pels *Tit.* 21. *n.* 97. *&* 2. *ſeqq.* Ayrer. *p.* 1. *C.* 4. *Obſ.* 6. *n.* 31. *& ſeq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. Tit. de Probat. Reſol.* 8 *n.* 6 Mats. Nigrin. *de Proteſt.* v. *Teſtatio n.* 35. *& ſeqq.* add. Schuf. *Cent* 3. *Conſil.* 84 *n.* 8. Obrech. *de Conc. libell. C.* 16. *n.* 3. *& ſeqq.* ubi *n.* 6. ea parum ſibi proſpicere actorem, cum iudicis ſit diſpicere quæ probanda ſint *L.* 3. *de teſtib.* adde Ritteshuſ. *Com. ad Salvian. Lib.* 1. *de Gubernat. Dei pag.* 49. Et Bald. *ad Leg.* 5. *C. de lib. Ca.* proteſtatione hac nihil agi, cum probatio in iuris neceſſitate ſit, non in agentis arbitrio. Cui alii regerunt, quod merita quidem cauſſæ concernens probatio hac ratione declarari nequeat, ſed eorum quæ ad ſtatum cauſſæ non pertinent, ut circumſtantiæ facti externæ. Ad quorum alias confirmationem proponendo ſe obligaſſe videretur. (3) In iudiciis Saxoniæ ſubiecti proxime ſolet, qua actor reſervat ſibi arbitrium deſiſtendi a probatione ſi quæ iniungetur, reique iuriiurando litem eiuſve partem committendi *Die gantze Klag oder zum theil in des Beklagten gewiſſen Wiſſenſchaft und Wolbewuſt zu ſchieben.* Monach *d. Cap* 8. *n.* 11. Sneidvin. *d. n.* 121. Speckhan *Cent.* 1. *Q.* 67. *n.* 11. Nigrin. *d.* v. *Teſtatio n.* 28 (4) Non in modum ſolemnis libelli, ſed ſimplicis facti narrationis, ac qualis qualis petitionis. Cuius ſane in ordinario iudicio nulla utilitas, cum non liceat privato actori ordini iuris derogare, Weſen. *Par. C. de form. ſublat. n.* 7. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 2. Nigrin. *de Proteſtat.* v. *Teſtatio n.* 27. Diſſentire videtur Afin. *Prax.* §. 4. *Cap.* 4. *n.* 5. Quin imo quando cauſſa requirit ſolemnem libellum, & is quidem oblatus omnia ſubſtantialia complectens, clauſula hac adiecta non procedi, ceu ſuper petitione inepta notat Petr. Gerard. *Singul.* 40 Scaccia 1. *de iudic.* 50. *n.* 31. Quia talis proteſtatio arguit, quod non habeat actor petitionem pro ſolemni. Unde conſulunt ut addatur: niſi ubi & quatenus ſolemnis libellus requireretur. In ſummariis autem huius uſus eſſe poteſt, tunc quando de eodem negotio ordinarium iudicium inſtitui poſſet. (5) Se nihil convicii vel iniuriæ cauſſa dicturum, ſed ſecundum ius & rei geſtæ veritatem. Quæ tamen iniuriarum actione non omnimodo liberat, ſi poſtea verbis iniurioſis falſo utatur, vid. Obrech. *d. Cap.* 11. *n.* 9. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 4. Denique peti ſolet ut libello reſpondeat reus, litem conteſtetur, iuſiurandum Calumniæ præſtet, & in articulato libello, ut ſingulis poſitionibus per verbum credit, aut non credit reſpondeat, ſub præſtando iuramento. Uſitatiſſimum quoque ut initio reſervet ſibi actor omnia beneficia, quæ iure actori competunt. Quæ quidem in formulariorum exemplis paſſim inſerta, aſt de eorum operatione nihil tractatum ab illis reperio, præterquam a Martino Nigrino (in quem his iam compoſitis incidi) *Tract. de Proteſtationibus* v. *Teſtatio n.* 24. *& ſeq.* Qui ea ſalvari ſcribit beneficia tum ſpecialia, ſeu privilegia, tum generalia veluti dotis & favorabilium cauſarum. Secundo expoſitio cauſſæ ac negocii vel litis. Cuius ſubſtantiale eſt ipſa argumentatio Iuridica. Ubi maior propoſitio cauſſam petendi ex iure deſumptam; minor narrationem facti complectitur, inferens in propoſito illam cauſſam ſubeſſe, quæ, uti medium concludendi, bis ante concluſionem ponitur, nec eam ingreditur Obrech. *Cap.* 11. *n.* 25. *& ſeq. & Cap.* 12. *n.* 3 *& ſeqq.* Et ſtructuram quidem & formam Syllogiſticam libellum concepturus initio ut ſpectet, ac ad eam oblatam ſpeciem revocet, oportet ut fundamentum libelli ac medium concludendi percipiat, vid. Obrech. *Cap.* 13. *n.* 1. Aſt in conceptione ordinariam [illegible] ſtricte ſervari non neceſſe eſt, quia ſæpe propoſitiones inverti ſolent. Equidem ſi maior propoſitio aut cauſſa petendi, (intellige, quatenus in iure poſita eſt, nam & minor vere cauſſam petendi habet in facto poſitam, ex quo ius oritur & quod ad ius adoptatur) dubia: retineri συζυγίαν legitimam expedit, quia ita fundamentum libelli & cauſſæ, [illegible], melius iudex percipiet. Sed ſi cauſſa iſta petendi, aut maior propoſitio nota iudici, a facti narratione, ſeu minore præſertim, ſi in ea [illegible] conſiſtat, auſpicari convenit, Vigel. 3. *Inſtit. for.* 6. *in fin.* Obrech *Cap.* 13. qui exemplis declarat. Sed & ubi maior propoſitio plane certa, omitti ea; & libellus in forma Enthymematis proponi poteſt: quia tunc totius controverſiæ certamen in facti narratione, non in iure petendi, conſiſtit: ut tamen Enthymematis non antecedens ſolum, ſed & conſequens exiſtimetur, ſubnexa petitione, vid. Obrech. *Cap.* 15. Utraque vero propoſitione poſita concluſionem Syllogiſmi attexere neceſſe non eſt, ſed loco eius petitio poni poteſt, etſi quandoque utramque coniungi expediat, Obrech *Cap.* 14. *n.* 1. *&* 2 Confer. Vigel. 3 *Inſt. fori* 2. qui argumentationis libellaris Syllogiſticæ & Enthymematicæ, ac utriuſque rectæ ac inverſæ, 12. in univerſum formas percenſet. Sed complectitur quoque libellus exceptionem replicationum & deinceps in quibus interdum concluſio præmiſſis anteponitur, ceu exemplis poſtea *Cap* 10. declarat. Id vero in actionis libello inconcinnum foret. Enimvero res petita & cauſſa petendi uti hic Donellus ſumit, ſemper in minore propoſitione ponuntur. Quæ & in Enthymemate rariſſime ac fere nunquam omitti ſolet. Quin medius terminus etſi in ſyllogiſmo integro in utraque propoſitione ponatur, in minori tamen ubi (in perfectiori prima figura, ad quam reliquæ reducuntur) ſolum locum prædicati habet, magis conſpicuus & inde vis potiſſima illationis. Ex. gr. Qui vendidit pretio accepto, mercem tradere debet. Tu vendidiſti ac pretium perſolutum eſt. Ergo: Hic medius terminus: quia vendidiſti, magis conſpicuus in minore quam in maiore. Unde illa omiſſa ceu nota & ſubintellecta, illatio Entymematis firma. Non autem illa poſita, hac omiſſa ſic: Qui vendidit, &c. Ergo, tu mihi tradere debes. Conſpicue ergo & ignoratione Logices labuntur, qui medium terminum cum maiori propoſitione confundunt, ac a facto ſeu aſſumptione ſecernunt ac ſeiungunt, Ilico Umnius *Diſp. proceſſ.* 6. *th.* 11. Qui inde ſeducti videntur quod Obrech. (quem ſectari volunt) *C.* 11. & 12. *paſſim* maiorem propoſitionem cauſſam petendi vocat. Quem etſi ſi pariter erraſſe non credo, cum *d. Cap.* 11. *n.* 26. dicat medium concludendi bis poni & ita in utraque præmiſſa. Satius tamen fuerat exponere quomodo cauſſa petendi in maiore, quomodo item in minore, &c. Neque enim cauſſa actionis ſive αἴτιον τοῦ πραχθέντος de qua Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 50 *& ſeqq.* diverſa eſt, ſi quis vere perpendat, a cauſſa petendi ſive medio concludendi. Quæ accidunt huic, alia narrationi coniuncta quæ ei inſunt, non neceſſario tamen, ſed contingenter. Veluti: (1) deſcriptiones præcipuarum circumſtantiarum negotii propoſiti, Vigel. 3. *Inſt. fori* 4. Obrech. *d. Cap.* 11. *n.* 38. *& ſeqq* prout res exigit: Perſonarum, Ex. gr. Contractum ſit cum pupillo, minore, muliere, divite, paupere, infa-

mi, ſui vel alieni ioris, Obtech. *d. loc. n.* 41. item an actor eum contraheret, iſve a quo cauſſam habet, fuerit minor, pupillus, &c. Hinc enim fere patet quatenus & quonſque actio teneat. Rerum de quo vid. *N. ſeq.* Loci & temporis. Quæ in criminalibus magis neceſſario exprimendi (de quo *L.* 3. *pr. de accuſati*, Gail. 1. *Obſ.* 64. Mynſ. 2. *Obſ.* 23. Wurmſ. *Tit.* 9. *Obſ.* 2. Obrech *d. Cap.* 11. *n.* 48. quæ, quia non inſtituti præſentis, omitto) non æque in civilibus. Etſi ſæpe expediat. (2) Clauſulæ duæ. (1) Quod amice interpellatus antea reus de ſolutione vel reſtitutione, ſed fruſtra. Nam licet denunciatio extraiudicialis urbanitatis magis quam neceſſitatis, quoad impenſas tamen, maxime citationis, ſi ea præceſſerit, refert, indeque aliqua huius clauſulæ utilitas vid. Sneidvin. *ad* §. 1. *Inſt. de act. n.* 122. *& ſeqq.* Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 35. *n.* 17. Obrech. *Cap.* 16. *n.* 11. *&* 12. Confer. *ſupra Lib.* 17. *Cap.* 1. *N.* 3. *& Lib.* 21. *Cap.* 2. *N.* 10. add. Rebuff. *in Conſt. Reg. Proœm. Gloſſ.* 5. *n.* 158. (2) Salvo iure ſuperflui. Cuius vi pœnam plus petitionis ceſſare docet Zang *d. Exc. P.* 2. *Cap.* 11. *n.* 14. Cum qua eadem fere illa: Salvo iure calculi vel plus vel minus, prout probabitur. Cui idem robur tribuunt Socin. & Zaſ. ut citat ſlico Ummius *Diſputat. proceſſ* 6. *n.* 56. qui tamen inutilem cenſet. Verum etſi id dandum, quod eum qui ſciens plus debito petit, hæc cautela pœnæ non eximat, idemque quod qui per errorem, etiam citra hanc, iure immunis. Ad huc tamen ſaltem utilis, ut ea adiecta facilius inducatur præſumptio erroris. Et abundantiores quoque cautelas opponi expedit ad tollendas pertinacium diſputationes, Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 36. ſed & magnæ efficaciæ illa clauſula, hoc tribuens ut rationes errore comperto corrigi poſſint, Nigrin. *de Proceſſat. v. Teſtario n.* 54. Alia ei accedunt; ut confirmatio & confutatio. Plane non opus eſt ante reſponſionem Rei, qua ſtatus cauſſæ apparet, pluribus actionem confirmare. Aſt quandoque expedit principali argumentationi rationes præcipuas adiungi, itemque præcipuos obices mature amovere, ut iudici robur cauſæ citius ob oculos ponatur, Vigel. 3. *Inſt. fori* 5 Obrecht. *d Cap.* 16. *n.* 43. *& ſeqq.* Atque hic convenit firmiora argumenta in principio ac fine collocare debilioribus veluti in medium agmen receptis Vigel. *Lib.* 3. *Cap.* 6. Sed & propoſitioni maiori, quæ ex iure deſumitur, accedere poſſunt, quæ eam confirment vel illuſtrent, ut ſi ratio eius iuris conſtituti proferatur, & quod noviſſime repetitum ſit & confirmatum ſpeciatim, &c. Etſi nimis alta repetitio ridicula, ut ſi ex teſtamento agens originem iuris teſtandi ex L. 12. tab. exponat, Vigel. *d. Lib.* 3. *Cap* 4. *&* 6. In ipſa quoque narratione circumſtantiæ ſæpe, expoſitionis ſpecie relatæ, probabilem eam reddunt ex. gr. reum homicidii inimicum capitalem fuiſſe occiſo, ei necem minitatum ſtricto gladio viſum eo tempore, &c. Vigel. *d. Cap.* 4. Demum petitio, ſeu concluſio libelli. Ubi monendum quod hæc alia ſit a concluſione Syllogiſmi libellaris, quæ ad præcedens membrum pertinet ac ſæpe non diſerte exprimitur, licet ſemper vi præmiſſarum tacite inſeratur, ubi petitio tamen omitti non poteſt. Quin ſi illa inſerta, hæc eam ſequitur ut declarat Obrech. *Cap.* 14. Et hæc ad iudicem directa ac neceſſaria, cum is officium non impertiat non petenti: Terminuſve libelli ac ultimus ſcopus dicitur, in qua tota vis libelli vertatur, ad quam potiſſimum reſpiciendum ſit iudici, cum ab ea narratio reſtringatur, verbaque dubia præcedentia ceu ad lapidem Lydium probari & reduci debeant, P. Gregor. 48. *Synt. ſupra n.* 7. Gilken. *ad L.* 3 *C. h. t. n.* 8. *& ac ſequent.* Sneidvin. *in* §. 1 *Inſt. de act. n.* 117. *& ſeq.* Wurmſer. *Tit.* 9. *Obſ.* 6. Gail. 1. *Obſ.* 61. *n* 13. *& ſeqq.* Meichſner. *Lib* 4. *Deciſ. Cam.* 22. *n.* 31. *& ſeq.* Blarer. *in L. diffamari Cap.* 5. *n.* 21. Obrech *de Conc. libell. Cap.* 2. *in fin. & Cap.* 11. *n.* 77. *ac ſeq.* Eberh. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 64. *n.* 34. Quæ cauſſa petendi omiſſa, &c. libellum ſuſtineat. Contra ſi narrationi aptæ petitio inepta ſubdita, libellus corruat, Obr. *d. n.* 77. Io Pels *Proceſſ. Tit.* 21. *n.* 38. Petitioni enim conveniens ſit ſententia oportet. Ac etſi propoſita in narratione, vel argumentatione plus inferrent, ſi tamen reus minus, aliudve in concluſione petat, iudex de non petito ſententiam ferre nequit, Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 81. *per L. ult. C. de fid. lib. & ſimil.* Sane certas cauſſas referunt quibus omitti poſſit: (1) ut in cauſſis ſummariis, Scaccia 1. *de Iudic.* 53. *n.* 7. Maranta *P.* 4. *Diſt.* 9. *n.* 12. Obrech. *d. Cap.* 11. *n.* 79. Diſſentire videtur Gilken. *ad d. L.* 3 *n.* 87. per *Clem. ſæpe* 2. §, *verum d. Verb. Sig.* (2) Quibus iudex officium non imploratum impartiri poteſt, Io. Pels *Proceſſ. Tit.* 21. *n.* 42. Obrech. *d. loc.* Quas fuſe percenſet Io. Bapt. Aſin. *Tr. de Exſec.* §. 3. *Cap.* 16. *& ſeqq.* (3) Poſſeſſorio recuperandæ, Sneidvin. in §. 1. *I. de act. n.* 119. Aſin. *Praxi.* §. 4. *Cap.* 3. *Limit.* 80. *Membr.* 7. *n.* 1. Obrech. *d. loc.* Speckhan. *d. Quæſt.* 64. *n* 35. Diſſentit Gilken. *in d. L.* 3. *n.* 88. (4) Spiritualibus, ſeu Eccleſiaſticis per *Cap. ad diſſolvendum* 13. *de deſponſ. impub.* Gilken. *d. loc. n.* 86. (5) Criminalibus Quod declarant Gail. 1. *Obſ.* 61. *n.* 18. *& ſeq.* Sneidvin. Speckhan. & Obrech. *dd. loc.* Gilken. *ad d. L* 3. *n.* 83. *& ſeq.* Ioa. Pels *d. Tit.* 21. *n.* 40. *& ſeq.* (6) Quæ coram Principe tractantur, cum eo præſente factum exponitur, quo omnis defectus & ſolemnitas ſuppletur arg. *L.* 19. *pr. C. de teſtam.* Sneidvin. Obrech. & Speckhan. *dd.* Io. Pels *d. Tit.* 21. *n.* 43. Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 21. Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 85 Chaſſanæ. *Catal. gloriæ mundi P.* 5. *Conſid.* 24. *n.* 112. (7) Cum narrationi adpoſitum verbum *conqueror*, aliudve vim concludendi habens, Sneidvin. & Speckhan *dd. loc. n.* 91. vel ei ſubiecta clauſula, ſuper quibus omnibus, &c. de qua mox. Addunt, in libello exceptionis. Sed is non huius loci, vid. *ſupra Lib.* 22. *Cap.* 7. *N.* 12. Atque in his caſibus quibus omitti poteſt concluſio, nec inepta adiecta vitiat argum. *L.* 1. §. 1. *C. de rei ux. act.* Obrech. *d. Cap.* 11. *n.* 80. Pels *d. Tit.* 21. *n.* 41. Subſtantiale huius, apta Conceptio obligationi vel cauſſæ quæ præcedit congruens, ut petatur, quod cuiuſque actionis proprium, Obrech. *Cap.* 15. *n* 73. ne in perſonam agens petat rem ſuam declarari, ſibi reſtitui: aut in rem, ſibi dari oportere. Utque ex propoſitis rite concludat ac inferat Gail 1. *Obſ.* 61. *n.* 15. Nec limites actionis excedat: ut ſi ex *L. diffamari* expertutus petat ſe abſolvi a crimine ſuper quo diffamatus, vel ſe dominum poſſeſſoremve pronunciari, Blarer. *ad L. diffam. Cap.* 5. *n.* 27. ſi exemplo agens non ad tradendum ſed ad dandum concludat. Burgal. *Lib.* 5. *de Dolo Cap.* 5. *n* 73. Si pura obligatio pure petatur, ſi alternativa diſiunctim, &c. Sneidvin. *d loc. n.* 118. vid. *h C. N.* 3. Et in actione in rem ex duplici cauſſa duplex petitio, vid. tamen *ſupra lib.* 19. *Cap.* 14. *N.* 1. *& Lib.* 20 *Cap.* 5. *N.* 2. Dirigenda autem potius ad iudicem quam ad reum etſi melior conceptio, ſi ad utrumque referatur, Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 76. Accidunt concluſioni (1) Repetitio & enumeratio, ſeu ἀνακεφαλαίωσις in narratione copioſius expoſitorum. Quæ brevis ſit oportet, per capita decurrendo, Quintil. *Lib.* 6. *Orat. inſtit. Cap.* 1. *pr.* nec odioſa, ſed cui pondus inſit, ſummam negotii ſcite contractam ob oculos ponens Vigel. 3. *Inſt. fori* 8. Obrecht. *Cap.* 16. *in fin.* (2) Clauſulæ plures ac variæ, quæ nec tamen omnes ſemper conveniunt, pluresque ſupervacuo inductæ, at præcidendæ cavillationis ergo non temere adhibentur, Obrech. *Cap.* 16. *n.* 15. Scacc. 1. *de Iudic.* 50. *n.* 36. (1) Qua petitur res cum pertinentiis vel acceſſoriis ſive inſtrumentis. (2) Cum fructibus perceptis & percipiendis. Nam etſi vocula *reſtituendi*, omnis utilitas continetur, unde re petita etiam iſta una petita cenſentur, Obrech. *d. Cap.* 16. *n.* 16. *& ſeqq. & ſupra Lib.* 20. *Cap.* 6. *n* 4. *N.* 2. proinde clauſulæ non neceſſariæ, niſi forte quoad fructus ante litem conteſtatam perceptos, ad quos ſe officium iudicis non extendere quidam volunt, aliis tamen reclamantibus ut *d. N.* 2. non inutiles tamen ac inanes, vid. Obrech. *d. loc.* Io. Monach. *Pract. P.* 4. *Cap.* 8. *n.* 7. Roſbach. *t.* 35. *n.* 19. *& ſeq.* Sicuti & addi ſolet (3) alioqui & æſtimationem fructuum, ſi non exſtant, ſolvat Obrech. *d. loc. n.* 23. (4) damna & intereſſe præterita ac futuri temporis præſtet, Obrecht. *d. loc. n.* 28. Monach *d. n.* 7. (5) Cum expenſis litis. Quæ niſi petantur, iudex ad eas condemnat neceſſario, ſed libere ſi velit, Maranta *P.* 6. *h. tit. n.* 18. Scacc. 1. *de Iudic.* 50. *n.* 29. Sneidvin in *d.* §. 1. *n.* 128. Obrecht. *d. Cap.* 26. *n.* 29. *& ſeqq.* Roſbach. *Tit.* 35. *n.* 22. *& ſeq.* Io. Pels *Tit.* 21. *n.* 64. *&c.* (6) Deducendo omne ius ſibi competens & competiturum. De cuius vi in actione reali Rosbach. *d. Tit.* 35. *n.* 9. *&* 10. (7) Petit condemnari reum ſecundum formam iuris ſtatutorum, conſuetudinum &c. De qua Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 8. Trentacinque 2. *Pract. Reſol. Tit. de Probat. Reſol.* 8. *n.* 5. (8) et legitimis remediis compelli. Qua efficitur ut exſecutio decernatur, ſine nova petitione, vid. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 6. Sneidvin. *in d.* §. 1. *n.* 126. Obrech. *d. Cap.* 16. *n.* 13. *& ſeqq.* ubi *n.* 16. inverſionem ordinis (exempli gratia, ita: peto compelli & condemnari) non vitiare libellum. (9) Quorum omnium petit cognitionem ſummariam, Obrecht. *d. loc. n.* 32. Sed huius nullus, opinor, uſus in ordinariis per ea quæ ſupra ubi de exordii clauſula 4. (10) Omni meliori modo, forma iuris ac ſtatutorum ſecundum quod utilius eſt actori. Ubi ſi ius commune deficiat, per municipale ſuſtinetur. Obrech. *d. loc. n.* 33. Sed & alios effectus huic clauſulæ tribuendo nimiopere liberales videntur pragmatici, vide Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 27. Monach. *d. Cap.* 8 *n.* 9. Rosbach. *d. tit.* 35. *n.* 16. Sixtin. *Conſ. Marp.* 21. *n.* 120.

Vol.

Digitized by Google

ſe experiri dicat. Rem 5 certam ut dicat, exigimus. *L. ſi rem, D. de rei vind. L. in actione, D. de furt.* Nam neque sine re, quæ petatur, ulla poteſt eſſe perſecutio rei, neque ſcire poteſt reus, utrum debeat necne, quod tanquam debitum petitur, cum id quod ſit, non intelligetur.

III. Ut cauſſam petendi dicat actor, exigimus: quoniam nulla eſt actio, niſi ex certis & conſtitutis cauſſis. §. 1. *Inſt. de actionib.* Fieri autem poteſt, ut actor eam cauſſam dicat, ex qua reus debeat, eoque etiam velit cedere. Contraque ut actor eam dicat, ex qua reus non debeat, ac propterea contendendum putet. Actionum duo ſunt genera, unum in rem, alterum in perſonam *L. actionum, D. de obl. & act.* Actionis in perſonam generalis, & communis una cauſſa eſt, ut is cum quo agitur sit nobis obligatus. *d. L. actionum.* Obligationis autem ſpeciales cauſſæ quatuor a Iuſtiniano poſitæ ſub *tit. de oblig.* in Inſtitutionibus contractus, quaſi contractus, maleficium, quaſi maleficium. Ac proinde totidem cauſſæ huius actionis. §. 1. *Inſt de action.* Actio in rem duas habet cauſſas, sine quibus non recte in rem agatur. Ab actore, quod dominus eſt: a reo, quod is rem de qua agitur, poſſidet. Solus enim iure civili hac actione utitur dominus. *L. in rem, D. de rei vindic. §. namque Inſt. de actionib.* Et ea non alius tenetur, quam qui poſſidet, *d. L. actionum.* Unde dictum eſt, poſſeſſionem parere actionem in rem adverſario. *L. unic. C. de alie. iudicii mutandi, cauſſa fa.* Has cauſſas dici debere volumus: ſed eſt hac in re, quod interſit inter actiones in perſonam, & actiones in rem. In illis namque cauſſam generalem non ſufficit dicere: ſpecialem dici oportet: utputa non ſatis eſt ita dici, peto 10, quia mihi debes: ſed ita concipi oportet,

Vol. 2. Martin. Nigrin. *de Proteſtationibus v. teſtatio n.* 26. (qui inter primas clauſulas, ſecundo loco hanc refert. Sed arbitrarium hac vel initio vel ad finem libelli uti.) (11) Vulgatiſſima quæ priori iungi ſolet illa: Super quibus omnibus & ſingulis petit ſibi ius & iuſtitiam miniſtrari. Huic præ reliquis inſignes vires larga & profuſa manu, tanquam ſi iura condere & abolere illis ius eſſet, DD. practici concedunt. Et 9. effectus refert Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 6. *Comm. Concl. tit. de clauſulis Concluſ.* 4. Equidem poſt alios Gail. 1. *Obſ.* 61. *n.* 11. his clauſulis (hac & præcedenti, forſan autem coniunctim his duabus id tribuit, non ſi altera ſola) (1) omnia vitia libelli ſanari. Et ſalvare eam ab omni ineptitudine, Guid. Papæ Q. 263. ibique Rambaud & Stephanus Rauchin. Maranta *h. t. n.* 15. Scaccia *d. Cap.* 51 *n.* 26. modo ius agendi ex narratione facti undecunque colligi poſſit, Rosbach. *Tit.* 35. *n.* 11. Obrecht. *d. Cap.* 16. *n.* 35. Suſtentari libellum etſi tota actio fluctuet, Io. Pels *Tit.* 21. *n.* 68. (2) Ea volunt omnem actionem competentem contineri, ut ſi ex facto propoſito plures actiones quædam aptæ, aliæ ineptæ, & concluſio fiat in inepta, per hanc libellus ſuſtineatur, Sneidvin. *d. loc. n.* 129. Rosbach. *d. t.* 35. *n.* 12. add. Gail. *d. Obſ.* 51. *n.* 10. *& ſeq.* (3) Ut Iudex pronunciare poſſit de non expreſſe petitis, Afflit. *Praxi* §. 4. *Cap.* 4. *n.* 6. Gail. *d. Obſ.* 51. *n.* 12. *&* 1. *Obſ.* 108. *n.* 7. utque iuſiurandum Suppletorium deferre poſſit, etſi non petatur Monach. *P.* 4. *Cap.* 8. *n.* 10. Stiat. *Pract. Obſ. Cap.* 20. *n.* 26. Gail. 1. *Obſ.* 108. *n.* 7. Contra A. Fab. *C. ſuo Lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 8. *n.* 3. (4) Quia disiunctiva eſt & ſeparat, ſatis eſſe ſi aliqua in libello deducta probentur (ut ſcilicet de iis iudicetur, reliquis non probatis) vid. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. Tit. de probat. Reſol.* 8. *n.* 3. (5) Per hanc videri expenſas petitas, Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 10. (6) Hac adiecta concluſionem libelli omitti poſſe. Gilken. *ad L.* 3. *C. de ed. n.* 90. Sneidvin. *in d.* §. 1. *n.* 129. Rosbach *d. loc. n.* 11. *& ſeq.* Speckhan. *Cent.* 1 Q. 67. *n.* 9. Stiatic. *Obſ. pract. Cap.* 22 *n.* 53. *& ſeq.* Unde hi actori, de actionis genere incerto, ob factum intricatum, iuriſve dubium, conſulunt, ut facto diligenter expoſito nihil diſerte petat, ſed loco concluſionis narrationi hanc clauſulam ſubnectat. Hæc & alia id genus practici citati, add. Sixtin. *Conſ. Marpurg.* 12. *n.* 3. *Vol.* 1. Pacian. *Conſ.* 161. *n.* 30. *& ſeqq* Ayrer. *P.* 1. *Cap.* 4. *Obſ.* 6. *n.* 37. *& ſeqq.* Nigrin. *de Poteſtat. v. Teſtatio n.* 35. *& ſeq.* Quibus poſitis fruſtranea erit omnis de ineptis libellis, ut & de petitione ac concluſione neceſſaria, de ſubſtantialibus denique libelli reliquis, tractatio. Quando ita invaluit ut nunquam quiſquam, quantumvis ieiunus artis & crudi ſtomachi practicus, hanc clauſulam omittat. Atqui dum iidem clauſularum auctores ac fautores de illis tam operoſe inquirunt, nonne hæc ſua tradita magnam partem convellunt. Nec certe tuto aut ſine periculo huius fiducia negligentior in concipienda formula erit advocatus. Nec diſcretus facile Iudex hiſce nimium tribuet. Conſer. Pruckmau. *Conſ.* 10. *n.* 56. *& Conſ.* 50. *n.* 168. Quoad non narrata denique in libello clauſulam hanc nihil operari, Trentacinq. *d. Reſ.* 8. *n.* 3. Huic adiungitur ſere (12) Invocans iudiciale officium. Rosbach. *d. t.* 35. *n.* 15. Exigui vel nullius uſus, vid. Obrech. *d. Cap.* 16 *n.* 36. Claudere denique libellum conſuevit (13) Salvo iure addendi, minuendi, corrigendi. Sed hanc pleique nullius roboris dicunt, nec ea effici, ut libellus mutari emendative poſſit, quando alias iure non licet, Scaccia 1. *de iudic.* 50. *n.* 32. P. Gregor. 48. *Cent.* 5. *n.* 9. Sneidvin. *in d.* §. 1. *n.* 130. Obrech *d. Cap.* 16. *n.* 37. Ayrer *P* 1. *Cap.* 4. *Obſ.* 6. *n.* 43. Rosbach. *d. Tit.* 35. *n.* 36 Io. Pels *Tit.* 21. *n* 71. *& ſeqq.* Ac etſi Bald. ref. *eod. n.* 82. aliud putat, ſi dixerit, non ſalvo, *iure* ſed *arbitrio* &c. quaſi tunc, ſi reus non contradicat proteſtationi, mutatio lite conteſtata fieri poſſit, ei tamen alii obloquuntur. Satis iam de forma libelli ſubſtantiali & accidentali. De effectibus vid. Obrecht. *Cap.* 18. *n.* 25. *& ſeqq.* Monach. *Pract. P.* 4. *Cap* 9.

5) Quatenus natura cuiuſque rei patitur. Nam ex obligatione faciendi petit id quod intereſt, quod incertum ut ſuo loco, ſed quia aliter peti non poteſt. Et ut cuiuſque iudicii naturæ convenit. Nam in actione de univerſitate, ut petitione hereditatis non oportet exprimere res ſingulas. In actionibus generalibus, ut pro Socio, negociorum geſtorum, tutelæ petitur ratio adminiſtrationis & reliqua *L.* 2. *de neg. geſt.* in actionibus ſpecialibus ut rei vindicationis Commodati Depoſiti ex empto rem deſignari oportet, ita Don. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 7. Quæ ſuſius exſequitur Gilken *ad d. L.* 3. *n.* 64. *& ſeqq.* Quando libellus generalis ſeu petitio incerta admittatur, add. Zoan. *ad d. L.* 3. *n.* 13. *&* 15. Sneidvin. *ad* §. *Curare* 36. *I. de act. n.* 7. *& ſeqq.* Obrecht *de Conc. libell. Cap.* 11. *n.* 43. *& ſeqq.* Meichſner *Tomo* 1 *deciſ. Cam.* 21. *n.* 8. *& ſeqq.* de libello generali in petitione hereditatis, notavi *ſupra lib.* 19. *Cap.* 12 *N* 4. In actione ad dotem an & quando admittatur, Manut. de Pianuciis *Tract. de Lucro dotis in rubrica n.* 28 *& ſeqq.* Et ut in actu in rem ſpeciali res deſignanda ſatis *ſupra lib.* 20. *Cap.* 4. *n.* 16. *& ſeqq.* ibique *N* 18 *& ſeqq* Quodque libellus generalis non admittitur iis obtinet, quæ principaliter & per ſe petuntur, ſecus in iis quæ per conſequentiam, Mod Piſt. *Conſ.* 50. *n.* 5. Nec quæ acceſſione veniunt initio deſignare oportet, ſive a ceſſione rei ſint, ut fructus, ſive iuris vel actionis, Bovet *Sing* 31. *n.* 21. Plane ſi genus promiſſum, exempli gratia, vinum, res generaliter petenda, non autem certa ſpecies, etſi vilior, ne facultas eligendi adimatur, unde plus peti dicitur, vid. Obrecht. *Cap.* 19. *n.* 24. *& n.* 34 *&c.* Libellum quoque incertum admitti ubi modicum præiudicium vertitur, Tiraq. *de Iudic. in reb. exiguis ſer. n.* 18. Quodque narratio generalis

Digitized by Google

tet. Aio te mihi 10. dare oportere, quæ [6] tibi dedi mutua; & ſi quæ ſunt aliæ ſimiles cauſſæ, propter quas mihi es obligatus. Hoc ideo, quia niſi cauſſam obligationis adiecero, ſtatuere non poſſis, id ſine quo nulla eſt editio, utrum cedere debeas, an mecum contendere. Fieri enim poteſt ut eam cauſſam dicam, ob quam debeas: fieri etiam poteſt, ut eam dicam, ob quam non debeas. In actionibus in rem contra ſatis dixit actor de iure ſuo, qui ſe dominum dixit: ideſt, [7] communem agendi cauſſam, etiamſi non adiecerit ſe dominum eſſe ex empto, ex donato, aut ſimilibus cauſſis. Contraria videlicet de cauſſa; quod qui ſe dominum dixit, id dixerit, unde intelligeret reus, utrum cedere, an contendere deberet. Si quidem enim actor dominus eſt, ut ſe eſſe contendit, ex quacunque [8] cauſſa erit dominus, ſemper hoc idem valebit, ut poſſeſſor rem debeat petitori reſtituere. *L. officium*, *D. de rei vindicat.* Debet etiam in actione in rem clare deſignari res, quæ petitur, ut ſupra *lib.* 20. *cap.* 4. expoſui.

IV. Sed quid ſi vel cauſſa obligationis in actionibus in perſonam, vel certa rei deſignatio in actionibus in rem omiſſa fuerit? Dicimus non propterea libellum [9] quaſi vitioſum repudiari. *L.* 3. *C. de ann. except. C.* 3. *§. ſecus*, *extr. de ſent.* &

re

neralis ſuſtineatur per concluſionem ſpecialem ac contra, Sich. *ad L.* 5. *C. de R. U. n.* 5.

6) Ubi quæ ſpecialis cauſſa eadem remota. Ex contractu enim obligatio, ex hac actio Gail. 1. *Obſ.* 61. *n.* 4. Sneidvin. *ad §.* 1. *Inſt. de act. n.* 110. & 113. Gilken. *ad L.* 3. *C. hoc tit. n.* 63. Io. Pels *Proceſſ. Tit.* 21. *n* 18. Scacc. 1. *Iudic.* 50. *n.* 24. tametſi Obrecht. *de Conc. libel. Cap.* 11. *n.* 54. & 57. contra obligationem vocet cauſſam remotam, contractum autem propinquam. Sed & hic cauſſæ remotæ expreſſio ſufficit, etſi proxima reticeatur. Licet enim Baldus poſt gl. referente Gilken. *d. n.* 63. eam quoque allegandam voluerit, contra tamen alii communius, cum ea ſpeciali, ſeu remota inferatur generalis, ſeu propinqua, etſi non neceſſario (cum poſſit eſſe, exempli gratia, ut qui emit ſolverit,) tamen iuris præſumptione *L.* 16. *de probat.* Et ita libellum concludere ſufficit per *L.* 17. *§.* 1. *Quæ in fr. cred.* Sneidvin. Gail. & Gilken. *dd. loc.* Obrecht. *d. Cap.* 115. *n.* 56. Neque enim quæ defenſiones Rei, concernunt libello inſerenda, ſed eius reſponſio exſpectanda. Unde nec requiſita omnia cauſſæ, aut ſolemnitatis extrinſecus referri oportet: Exempli gratia, Qui ex teſtamento agit, non neceſſe eſt ut referat quod ſeptem teſtes adfuerint, &c. Vigel. 3. *Inſt. fori Cap.* 1. *pag.* 249. Qui a minore emit, non neceſſe eſt alleget curatore auctore & decreto magiſtratus, Matheſilan. *ſingul.* 11. vid Pels *d. tit.* 21. *n.* 20. & *ſeq.*

7) Gail. 1. *Obſ.* 61. *n.* 7. Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 62. Obrecht. *d. Cap.* 11 *n.* 64. & *ſeqq.* Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n.* 24. & DD. comm. Idem eſt in actione in rem univerſali ut *ſupra Lib.* 19. *Cap.* 12. *N.* 4. An autem utile ſit actori cauſſam ſpecialem exprimi vid. *ſupra Lib.* 22. *Cap.* 5. *n.* 16. *in fin. N.* 18.

8) Ita & Donellus ad *L.* 3. *O. h. t. n.* 8. Sarayna *ad Matheſ. Sing.* 9. *n.* 5. Gail. *d. Obſ.* 61. *n.* 7. & 8. Sneidvin. *ad d. §.* 1. *Inſt. de act. n.* 116. Obrecht. *d. Cap* 11. *n.* 65. & *ſeq.* quia uniformis eſt actio in rem eiuſdemque naturæ, quocunque iure ex quacunque cauſſa dominium acquiſitum. Plane non deſunt qui volunt in Hypothecaria cauſſam una remotam exprimi debere, ut relati a Gilken. *ad d. L* 3. *n.* 62. & qui hinc confeſſoriam & negatoriam eximunt & publicianam, Io. Pels *Tit.* 21. *n.* 24. quia, ait, pignus & ſervitutes ex pluribus cauſſis conſtitui poſſunt. Aſt immo & perplures ſunt cauſſæ acquirendi dominii. Verum uti dominium ſemel acquiſitum denuo ex alia cauſſa acquiri nequit, ita nec pignus opinor, aut ſervitus.

9) Atqui decantatiſſimum noſtris; requiſito uno ſubſtantiali omiſſo totum libellum corruere ceu ineptum. Ineptum autem libellum adeo vitioſum eſſe, ut actor, etiam non opponente reo, a limine iudicii removendus ſit. Quodque iudex libellum ineptum ex officio reiicere adeoque dentibus lacerare debeat, cum nullitas inde proveniens ita leproſa ſit, ut totum proceſſum inficiat, utque etiam poſt ſententiam, quæ vires alias iudicati ſortita eſſet, oppoſita executionem impediat. Et quod ſententia ſuper inepto libello ipſo iure nulla *C. Cum dilecti* 3. *de empt. & vend. C. examinata* 15. *de iud.* Ideoque exceptioni inepti libelli etiam poſt ſententiam locus, vid. Curt. Iun. *Conſ.* 163. *n.* 5. & 6. Nam cum petitioni convenire eam oporteat, ſententiam quoque ineptam eſſe quæ ex libello inepto, illi conformis lata &c. Hæc & alia id genus DD. Maſil. *Sing.* 119. Bover. *Sing.* 31. *n.* 34. Matheſilan. *Sing.* 9. Curt. Iun. *Conſ.* 163. *n.* 5. & 6. Zoan. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 16. & *n.* 32. Gail. 2. *Obſ.* 66. & *ſeq.* Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 10. & *ſeqq.* Moller. *ad Nov. Sax.* 2. *p.* 1. Lancell. Conrad. *de Off. prat. in cauſſ. civ. L. v. Libellus n.* 8. Aſin. *de Exſecut. §.* 3. *Cap.* 61. & 3. *ſeqq.* Sig. Scaccia 1. *de Iudic.* 50. *n* 5. & *ſeqq.* Obrech. *de Conc. Libell. Cap.* 18 *n.* 10. & *ſeqq.* Iacob. Schult. (hos auctores non citans) *Obſ. forenſ.* 6 Et ita quidem omnino eſt, quando vel contra ſtilum Curiæ lege inductum is conceptus, ut ſi in foro Saxoniæ articulatus exhibeatur *d. Nov.* 2. *p.* 1. Vel ita totus mendoſus, vitioſus, ut nulli declarationi locus ſit, nec interpretatione ſalvari queat. Veluti ratione rei, ſi actor quid petat plane non oſtendat. Ad quid enim condemnari reus poſſet? Differunt res ipſa petita, quæ ſubſtantiale eſt libelli, in expoſitione negocii ſemper requiſita, & eius rei deſignatio & deſcriptio, de qua *h. C N.* 5. quæ in circumſtantiis, exempli gratia, ubi ſitus fundus, quos limites habeat, ut *ſupra Lib.* 20 *Cap.* 4. *n.* 16. *N.* 18 Quæ non eſt cauſſæ ex qua agitur, ſed rei quæ ad cauſſam pertinent, nec in ea ſubſtantialis forma libelli, alias in omni actione foret neceſſaria (contra quam *h. C. N.* 5.) ſed accidentalis. Vigel *Lib.* 3. *Inſtit. fori Cap.* 4. Item ſi petitur res commerciis exempta, aut ſacra religioſa, ſervus Chriſtinianus a Iudæo &c. Ratione cauſſæ ſi AUT NULLA plane adferatur, ne generalis quidem; Nam quod Gail. 1. *Obſ.* 61. *n.* 13. ſcribit cauſſa qualicunque omiſſa libellum apta petitione & concluſione ſuſtineri, id non aliter obtinere puto, quam ſi in præcedenti narratione ſcilicet cauſſæ mentio non facta, fiat autem in ipſa concluſione, ubi ſi totum libellum omneſque eius partes attendas, non vere omiſſa cauſſa. Veluti ſi in concluſione actionis realis dicatur: peto declarari rem ad me pertinere iure dominii vel quaſi & proinde reſtitui &c. Secus ſi ſolum dicat. Peto rem reſtitui, per ea, quæ Weſenb. ut *ſupra Lib.* 20. *Cap* 6. *N.* 3. AUT INEPTA. Talis eſt, ſi vel ex ea ius agendi non inferatur. Sive exinde nulla iure prodita actio. Veluti ſi petas 10. quia rex eſt in Francia, ita Vacon 6. *Declar.* 89. *n.* 10. Sed hoc quidem modo, aut ſimili nec ineptiſſimus rabula, modo mentis non emotæ, unquam egit Sumamus exempla ea uſu viſæ, quæ ſpecie veri æquive imperitos ſæpe fallunt. Veluti ſi petas 10. ex nudo pacto, ex ſtipulatione legibus improbata, aut quovis alio contractu iure invalido & nullo, aliove negocio ad obligationem civilem pariendam inefficaci. Cuiuſmodi plura ſunt quæ non improbabili ſpecie incautis imponunt, ut ea re ſæpe peccetur: Sive nondum nata, ut ſi ea obligatione conditionali ante eventum conditionis, Matheſil *Sing.* 9. Scaccia 1, *de Iudic.* 50. *n.* 11. ad notata *ſupra Lib.* 15. *Cap.* 11. *N.* 1. ſive exſtincta, Matth. & Scaccia *dd. loc.* cum ſcilicet de eo ea ipſo intuitu legentis apparet. Quoties denique exceptione intentionis, vel ſibi non competit actio, repelli poteſt agens. Huc enim pertinet, quod dicitur agentem, ſine actione iudicis officio repelli, vid. *not. infra Lib.* 24. *Cap* 2. Vel generalis nimis & indiſcreta ut ex ea genus actionis non appareat. Veluti peto 10 a Titio quia mihi debet. Nam etſi Don. hic libellum hunc vitioſum eſſe Etſi item DD. vulgo cauſſa obligationis non expreſſa recte quidem excipi ceu contra libellum generalem; Aſt ſi non excipiatur, ſuſtineri eum, quod in progreſſu, quandocunque ante ſententiam, declarari & generalitas tolli ac reſtringi queat, Sneidvin.

re iudic. lib. 6. quanvis reus poſtulare poſſit, & rem ſibi deſignari, & cauſſam obligationis exprimi: & ni id fiat, poteſt hodie a iudice, qui actorem ad ea non compulit, appellare, *C.* 2. & 3. *extr. de libel. oblat.*

V. Ad hæc accedere debet, ut quidem olim ius fuiſſe conſtat, nomen & genus actionis, quo actor dicat ſe experiri. Hoc modo, quia fundum illum tibi vendidi C. aureis, idcirco peto ex vendito, ut mihi C. des: vel, Aio te ex vendito C. mihi dare oportere. Quod ita eſſe hæc probant. Primum quod Pomponius in *L.* 2. *§. his legibus*, *D. de orig. iur.* ſcribit, actiones ita initio compoſitas fuiſſe, ut certæ eſſent atque ſolemnes Nam certæ ad nomina, ſolemnes ad formulas referuntur: deinde idem demonſtrant *L.* 1. 2. & 3. *D. de præſ. verb.* In quibus ſcriptum eſt, tunc demum perveniri ad actiones in factum, cum deficiunt uſitata actionum nomina. Item, cum nomina actionis invenire non poſſumus. Quo declaratur, ſic nomina actionum fuiſſe, ut quandiu poſſent inveniri, tandiu his eſſet utendum, nec prius ad actionem in factum, ideſt, eam quæ ſine nomine rem factis geſtam demonſtraret, confugere liceret. Probant item dubitationes veterum tam multæ, qui in eadem ſpecie facti, de quo facto conſtet inter omnes, tamen quærunt, utrum illo Titulo, & nomine actionis, an illo potius utendum ſit. *L.* 1. *D. de æſtimat. L. Qui ſervandarum, L. apud Labeonem, §.* 1. *D. de præſc. verbis*, *L.* 1. *D. ſi menſ. fal. mod. dix.* Quæ omnis ſtulta eſſet contentio, ſi contempto actionis [10] nomine ſufficeret factum tantum proponere, & ex eo intendere

vin. in §. 1. *Inſt. de act* n. 514. & notant DD. in *L.* 1. *h. t. & in d. Cap.* 2. & 3. *extr. h. t* teſte Obrecht. *de Conc. libell. Cap.* 11. n. 58 & Aſinio *de Exſec.* §. 3. *Cap.* 229. n. 4. Iac. Concenat. *Lib.* 1. *Quæſt. iuris Cap.* 1. n. 34. *per d. L. ult. C. de ann. exc.* Contra tamen rectius Vacon. 6. *Declar.* 89. n. 11 *& ſeq* Obrecht. *d. Cap.* 11. n. 59. *& ſeq.* Et Aſin. *d. loc.* n. 6. cautius agere iudicem ſi talem libellum non admittit ob dubitationes ac cavillationes, quæ poſtea fieri poſſunt, & quia certa litis conteſtatio fieri nequit, niſi de cauſſa obligationis aperte conſtet. Incerta autem ſi fiat labili fundamento proceſſus innitetur. Nec obſtat *d. L. ult.* Nam Ratio Vacon. *d. loc.* n. 12. *& ſeq.* admitti illic non ad hoc, ut actio teneat ſed ut uſque ad 40 annos perpetuetur, interrupta præſcriptione, Præſcriptionum enim ratio deſidia & negligentia, quæ ceſſat oblato libello qualicunque, etſi in eo nec quantitas nec cauſſa expreſſa (add. quæ ex Gerardo *ſupra h. Cap N.* 3. *circ. med.* ibi autem de obſcuro libello ratione ſermonis & rei tractavi, ubi non ſatis conſtat quid petatur. Hic ratione cauſſæ, ubi obſcurum, unde petatur. Quod moneo ne quis putet me hic crambem recoquere.) Nec obſtat *d. Cap.* 3. § *ſecus de re iudic* in 6. Nam ut ex principio eiuſdem & toto contextu apparet, loquitur de actione in rem. Et deciditur quod ſi in ea certa cauſſa, vel titulus expreſſus, alia cauſſa probari nequeat eodem iudicio. Secus ſi generalis ſolum cauſſa (dominium vel quaſi) prolata. Non adverſatur in *d.* §. *ſecus* vocula *obnoxium* quia & actioni in rem accommodari poteſt, ut per not. *ſupra Lib.* 17. *Cap.* 18. *N* 14. Et ibi vocula *vel* non ſeiungit, ſed declarat ut alibi ſæpe. Nec obſtat *d. Cap.* 3 *extr. h. t* Neque enim quia a reiectione exceptionis libelli inepti appellatur, conſequens libellum iure ſubſiſtere, cum iure Canonico uſus appellationis latiſſimus ſit &c. Veriſſimum itaque cauſſa obligationis omiſſa, non audiri qui offert ſe declaraturum eam, & in proceſſu litis probaturum intentionem. Neque in hoc quoque libello emendationi locus, cum non inſit ei menda, ſed totus mendoſus ſit Sed oportet novum libellum aptumque offerri, & inducias deliberatorias reo concedi. Vacon. *d.* n. 13. Enimvero tradita Donelli via ſecum conſentiunt. Si enim hæ partes libelli, una deficiente, imperfectus ſit per *L.* 1. *de O. I.* Proinde vitioſus oportet, ut in ſimili ipſe Donellus arguit *ad Comment. in Tit. Dig. de iureiur. Cap.* 11. n 4. Et ſi nomen actionis olim neceſſario exprimendum quod Donellus vult ut in ſeqq utique & cauſſa. Quin nomine expreſſo non poteſt dici cauſſa obligationis omiſſa, ut evidens eſt. Ratio illationis: ſi cauſſa apta quidem alias, ſed non ex ea id infertur quod petitur, verum aliud. Ex. gr. In narratione actor proponit cauſſam agendi, quod emerit fundum Tuſculanum a Caio: In concluſione petit ſe dominum declarari ac fundum cum fructibus & omni cauſſa ſibi reſtitui; Sic ex *L. diffamari* experturus ponit ſe diffamatum, ceu criminis reum, ceu debitorem, ceu non dominum, aut poſſeſſorem. In petitione intendit ſe a crimine abſolvi, dominum poſſeſſoremve declarari. In quo ſæpe errari notat Blarer. *in L. diffamari C.* 5 n. 27. Cæterum in dubio libellus præſumitur aptus & quoad fieri poteſt interpretatione adiuvandus *L. ſi quis* 66. *de iudic.* vid Scaccia 1. *de iudic* 59. n 12. Rosbach *Proceſſ. Tit.* 33. n 37 Utque ſuſtineatur, verbi latiori ſenſu accipimus & ad improprium ſignificatum trahimus, vid. Vital 1. *Var. Lect.* 1. n. 3. & 4. Beuſt. *ad L.* 11. §. 2. *de iurei* n. 27. *& ſeqq.* Gail. 1. *Obſ.* 66. n 7. Mynſ. 4. *Obſ.* 5. Rosbach. *d. loc.* n 38. Siatin. *Conſil. Marp.* 21. n 55. *& ſeqq. Vol.* 2. Henning. Goden. *Conſ* 43. n 1. & 2. exemplum proferens ſi quis dicat ſe locaſſe fundum pro certa quantitate frumenti, etſi proprie non ſit locatio *L. ſi olei.* 21. *C. de Locat.* (vid. tamen not. *ſupra Lib.* 13 *Cap* 6. *N.* 10.) ſi dicat ſe mutuaſſe librum, eſſe in poſſeſſione ſervitutis &c. Beuſt. *d. loc.* Ac ſi duo capita libelli, per quorum alterum idoneus, ex altero vero ineptus, ab idoneo vires & robur accipit, per *L. habebas* 13. *de inſt. act* Coraſ. *SC. Teloſ.* 29. Ubi vero ita in materia, aut forma ineptus ut ſalvari nequeat, reus ab obſervatione iudicii abſolvitur, actore in expenſas condemnato, poſt alios Rosbach. *d tit.* 33. n. 36. Gail. 1. *Obſ.* 67. n. 1. & 2. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 2 *P.* 1. n. 6. ſalvo iure proponendi aliam actionem aptam. Gail. *d. loc.* Sixtio. *Conſ. Marp.* 21. n. 111. *Vol.* 2. Martin Nigrin. *de Proteſt.* v. *Teſtatio* n. 58. Iunge not. *ſupra Lib* 22. *Cap.* 5. *N.* 20. Sed & reiecto libello, Iudex citra abſolutionem rei, actori præcipere poteſt ut alium aptum edat Gail. *d. Obſ.* 67. n. 5. Denique in ſummariis, quæ libellum non requirunt ut *h. Cap. N.* 2. ineptitudo non obeſt, etiam opponente parte, ſed ſententia ſuper inepto libello valet, Maranta *P.* 4. *Diſt.* 19. n. 14. Scaccia 1. *de iudic.* 50. n. 16 Meichſner. *tom.* 1. *Deciſ. Cam* 28. n 21 Iac. Schult *Obſ. forenſ* 3. n. 268. modo quid actor velit petatve conſtet, Marp. *d. loc.* Confer. *h. C. N.* 3 verſ. *Niſi obſcuritas tanta*. Quodque ſi coram Principe litigetur, non attendatur ineptitudo, & potius cauſſa, quam concluſio tradit Chaſſanæ. *Catal gloriæ mundi p.* 5. *Conſid.* 24. n. 29 Et Mynſ. 4 *Obſ.* 5. ubi de iuſtitia cauſſæ apparet eandem in Camera non attendi, cum vice Imperatoris iudicet qui his ambages inſuper habere poſſit.

10) Eodem modo Don *ad L.* 3. *C. h. t.* n 10. (addens non fruſtra prodita eſſe nomina actionum iure civili, ſed ut actiones quæque ſuis nominibus ederentur & de *præſcr verb. Cap.* 21 n. 5. ac ad *L. un. de Cond. ex lege* n. 5 *& ſupra Lib.* 21 *Cap.* 2. vid *ibid. ante* n. 20. Cui quoad ius Digeſtorum conſentiunt Vult. *ad pr. I. de act.* n. 15 Goed. *ad L.* 5. *pr. de V. S.* n. 27. Zoanet. *ad L.* 3. *C. h tit.* n. 6. *& ſeqq* Lud Vital. *L.* 1. *Var. Lect* 1. n. 10. *& ſeqq* Qui hoc confirmare nititur (1) per *L.* 1. *pr. D. h. t* verbis cognita actione (2) *L. omnes* 33 *aliat L. ult. C. de Ep. & Cler.* ibi *propoſita actione*. Quia facti propoſitio intelligi nequit cum cauſſæ diſtincta illic mentio fiat 3 per *L.* 3. *C. h. t.* quia illius Iudici nec mutatio cognoſci poteſt, niſi expreſſa actione, quando ex eodem facto plures actiones competunt, nec emendationis neceſſitas

dere tibi illud, aut illud, dari oportere. De qua re ſcripſi diligentius ad *tit. de præſcr. verb.* Nunc ex multis collegi pauca, quia ita locus incidit. Hoc an ſublatum ſit. *L. ult. C. de formul. & impetrat. act. ſubl.* dubitari poteſt. Quoniam ea conſtitutio non vult fraudi eſſe cuiquam, quod actionem non impetrarit: dummodo conſtet eam aptam eſſe, & propoſito convenientem. Sed apparet, quid remittat de iure vetere ea conſtitutio. Hoc remittit, ne ſit neceſſe actionem impetrare: nihil amplius. Proinde cætera manebunt, quæ ante fuerant. *L. præcipimus*, in fin. *C. de appellation.* Atenim vult conſtitutio ſatis eſſe, ſi actio ſit apta, & propoſito conveniens. Ita eſt: ſed vult eſſe actionem. Non eſt autem actio, niſi quæ ſuo nomine appellatur. Aliter reputantibus omnia ſcripta, omneſque vigiliæ veterum de actione præſcriptis verbis, deque cæteris actionibus exponendis uno verbo intercident. Quod non eſt credibile imperatores [11] voluiſſe. *L. ſi quando*, *C. de inoffic. teſtam.* ſed quid faciat nomen actionis, ut reus ſciat, utrum cedere, an contendere debeat? Plurimum, ſi id ius valet quod ſupra dixi, ex quo conſtet iure actionem eſſe: tamen ſi alia actione te agere dices, quam ea, quæ in eo genere certa prodita eſt, [12] non tenebit intentio. *L. 1. D. ſi menſ. fal. mod. dix.* ut proinde habeat reus in eo, cur contendere debeat: ſcilicet quia iſta intentione poſita vincet: qui fortaſſe apta actione propoſita ceſſurus foret. Sane ſi quis non de iure civili diſputet, quo certum eſt actionum edi nomina oportere; ſed ex æquo & bono rem iſtam diiudicet, dum res ipſa hoc eſt actionis genus ex narratione libelli intelligatur, non magnopere de nomine laborandum putet. Idque ita iure pontificio receptum eſt, quo iure æquitatem in omnibus præcipue ſpectari dicunt, [13] *C. dilecti, extr. de iudicat.*

CAP.

ceſſitas ſi nomen non exigeretur. (4) Facilior deliberatio reos nomine expreſſo quam ſi ipſi ex facto propoſito genus actionis inveſtigandum, cum & ſi ex illo plures actiones naſcantur, incertus ſit utram intentaverit actor. Contra nituntur Elb. Leonin. 3. *Emend.* 8. *n.* 5. Weſenb. *in Paratitl. h. t. n.* 7. Mynſ. *ad pr. Inſt. de act. n.* 6 Bronc. 2. *Miſc. Aſſ.* 55 Vacon. 6. *Declar.* 88. Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 8. *n.* 23. *& ſeq.* Quorum opinioni accedo, non tam eainde, quod non interſit quid ex æquipollentibus fiat, & num quid per ſe certum ſit an per relationem ad aliud. Quam quia immo ſi veteres formularum conceptiones, inſpicimus, vix nominis expreſſioni locum in iis continuum dari poſſe reperimus. Quod ſcite oſtendit Vacon & ex parte Obrecht. *dd. loc.* Nam & in rei vindicatione ineptus fuiſſet actor ſolemnibus formulæ verbis: *ex iure Quiritium meum eſſe aio* adiiciens: *rei vindicationis.* Et in actione in perſonam contractus ſane vel negocium, unde obligatio, ſi nomen illi certum, deſignandum erat, ut *N. praced.* Eo deſignato quorſum opus actionis nomen, commune ut plurimum, exprimere, cum nec in narratione nec in petitione ipſi locus concionos fuerit. Quo de conſule Vacon. & Obrecht. *dd. loc.* unde non operoſum erit contrariis occurrere. Quod omitto dum prolixitatem vereor.

11) Ita & Donellus *ad d. L.* 3 *C h. t. n.* 11. Et formulæ, ait, veteres nugacibus ſæpe verbis conſtabant, Cicer. *pro Muræna.* Nomen autem rem ipſam exprimit. Ac conſentit Vital. 1 *Var. lect.* 1 *n.* 14. *&* 15. Zoan. *ad d. L.* 3. *C h. t. n* 6 qui hoc comprobat per *L. ult. C. de interd.* Cuius auctores noviores Conſtantino, ubi actio dicitur exprimenda. Expreſſum autem, quod verbis expreſſis ſit, non quod tacite colligitur.

12 Sed ad hoc vide Vacon. 6 *Declar* 88. *n.* 6. *&* 7. qui oſtendit non utique vitiari formulam vel libellum alio nomine actionis expreſſo; ſed ſi aliud negocium geſtum & formula alii negocio conveniens, illi autem inconveniens proponatur.

13 Vid. *ſupra Lib.* 21 *Cap.* 2. *n.* 20. *L.* 3. *C h. t. n.* 11. Atque in eo DD noſtris convenit, ut & in eo quoque quod diſpoſiti hæc in utroque foro recepta ac ſervari debeat, Zoan. *ad d. L* 3. *n* 5. *& n.* 10 Gilken. *ibid. n.* 92 Vital. 1. *lect* 1. *n* 8. *& n.* 20. Gail. 1. *Obſ.* 61. *n.* 1. Scaccia 1. *de iudic* 50. *n.* 20 Valaſc. *Iur. Emphyt. Q.* 6. *n.* 9. vid. Speckhan *Cent.* 1. *Quæſt* 64 *n.* 29. *& ſeqq* Rulant *de Commiſſar P.* 3 *Lib* 2. *Cap.* 1 Nam ex cauſſa & iure petendi ac medio concludendi qualitas intentatæ actionis colligitur, vid. Gail. *d. loc. n.* 9. Scaccia *d. n.* 20. Apta tamen ſit narratio oportet, ut inde, quæ actio intentetur, cognoſcatur, vid. *Cap.* 1. *de mutuis petit.* Obrecht. *de Conc. libell. Cap.* 8. *n.* 25. Cautus itaque actor ſit in genere actionis inveſtigando, ut ad naturam illius & requiſita libellum concipiat, Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 8. De qua inveſtigandi ratione conſule Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 10. Rulant. *de Commiſſar. Part.* 3. *Lib.* 2. *toto* & cum primis Vigel. *in Repertorio iuris*, qui ſingulatim per omnes cauſſas actionum tranſit, ſatiſque accurate exponit, ac *Inſt. iuri Lib.* 1. *Cap.* 1. *& ſeqq* ubi quaſi in Epitomen contracti, quæ fuſius in repertorio expoſita. Plane ubi negocium propoſitum plures producit actiones, nomen adhuc actionis edi debere volunt, ne ſola expreſſio nudæ cauſſæ incertum reddat reum de qualitate actionis, ita poſt veteres, Gabr. Sarayna *ad Matheſilan. Singul.* 9. *n.* 7. Gail. 1. *Obſ.* 61. *n.* 21 Scaccia 1. *de iudic* 50. *n.* 20. Bronch. 2. *Miſc. Aſſ* 55. *in fin. per L.* 28. § 6 *de iurei. L.* 13. *de iniuſt. act. ſimul.* Neque his contrarium eſt etſi ita videatur Eberhardo Speckhan. *d. Q.* 64. *n.* 31. *& ſeq.*) quod Weſenbecius ſcribit *Conſil.* 3 *n* 20. nullo expreſſo actionis nomine intelligi maxime idoneam propoſitam. Nam & ita ipſe Gail. *d. Obſerv.* 61. *n.* 9 *&* 10. iudicem, ſi ſit obſcurum quæ actio intentata, elicere eam quæ utiliſſima actori, illamque in dubio intentatam cenſeri quæ melius facto applicari poteſt per *L.* 66 *de iudic.* Quem tamen ſibi ipſi *eād. Obſ. n.* 21. contradicere non eſt credibile. Quomodo & Henning Goden. *Conſil* 41 *n* 1. quod ubi fieri poteſt ſalva ratione recti ſermonis, concluſio adaptari debeat ad actionem eam quæ commodior actori. Nimirum ita concilianda hæc videntur, ſi verborum propria vi inſpecta, intentata eſſet ea actio, quæ ex cauſſa illa non oritur; illa autem per abuſionem deflecti poſſunt ad actionem aliam propoſito convenientem, ne corruat libellus, id fieri debet per not *h C N.* 9. *ſub fin* Quod ſi verbis communibus uſus actor & duæ pluresve concurrunt actiones, quarum altera commodior vel expeditior, hanc Iudex elicit, & de hac ſenſiſſe actor creditur. Si tamen reus ſibi declarari petat qua forma agendi procedere velit actor, id ipſi exprimendum Cæterum & nomine actionis expreſſo non impedire, quo minus alia aptior ex narratione & concluſione libelli colligi poſſit, cenſet poſt Mynſing. *Conſil* 18 Sixtin *Conſ. Marpurg.* 11 *n.* 1. *Vol.* 2. Quo modo & ea recepta ſententia aptam libelli conceptionem ineptæ actionis adiectio non vitiat, ſed vitiatur vid. Vacon. 6. *Declar.* 88. *n.* 5. *&* 2. *ſeqq* contranitente licet Zoaneto *ad L.* 3. *Cod. hoc tit. n.* 10. *&* 2. *ſeqq.*

Digitized by Google

C A P. V.

An actionem ſemel editam emendare, & mutare liceat, & quandiu.

Propoſitæ quæſtionis occaſio. I. *Proponitur illa, & definitur in* L. edita 3. C. de ed. *Huius appendix* L. unic. C de lit. cont. II. *Integri reſcripti expoſitio & analyſis*. III. IV. V.

Veterem actionem licet actori omittere dumtaxat ante litem conteſtatam. VI. *Mutare vero illam atque emendare etiam* poſtea. *Suffragatur* L. nemo poteſt 11. de iudic. VII.

I. Sive autem inſtituatur nunc primum actio, ſive actione prima inſtituta emendata, aut mutata, inſtituatur nova, ſemper hæc lex dicitur ei, qui agere volet, ut qua actione acturus eſt, eam edar. Hoc eſt quod dicitur in *L. edita*, *C. de eden.* licere emendare vel mutare editam actionem: dummodo ita mutetur & emendetur, *prout edicti perpetui monet auctoritas*. Edictum perpetuum intelligunt imperatores, qua parte eſt de edendo. Id edictum monet, edendam eſſe actionem, quacunque quandoque uſurus ſis. *d. L.* 1. *D. eod.* Quare cum is, qui actionem antea editam mutat, aut emendat, nova actione experiatur, & ante hac reo incognita, pertinet ad hunc etiam ſuperioris edicti authoritas, quæ facit, ut eam quoque actionem edere debeat: ſed prior quæſtio eſt, an liceat emendare, vel mutare editam ſemel actionem? De qua dicam hoc loco, magis quia nobilis quæſtio creditur, neque eſt ab omnibus ſatis explicata, quodque eius explicatio ab iis, qui *L. edita*, attingunt, expectari ſolet: quam quod locus de edenda actione propoſitus eam interpretationem magnopere flagitare videatur. Quanquam haud temere eſt, ſi id hoc loco quæritur: cum fruſtra dicamus actionem mutatam oportere edere, niſi prius conſtiterit mutari poſſe.

II. Et vero *L. edita*, hæc una quæſtio propoſita fuit, An [1] mutare licuerit? non de editione actionis. Quod ut intelligatur ſciendum eſt, unum fuiſſe reſcriptum Imperatorum Severi, & Antonini, cuius partes fuerint duæ, quæ deinde poſtea diviſæ ſint. Ex quibus prior eſt, quæ legitur in *L. unica*, *C. de lit. conteſt.* Poſterior ea, quæ legitur in *L. edita*, ut inſcriptio, & ſubſcriptio utriuſque loci eadem confirmat. Utrobique enim imperatores iidem, conſultor idem, idem tempus, iidem conſules. Nam quod in vulgaribus exemplaribus hoc diſſidet, quod in *L.* 1. *C. de lit conteſt.* ſubſcriptio ita eſt, *D. Cal. ſeptem. in L. edita*, ita eſt, *D.* 11. *cal. ſep.* parum movere nos debet. Suſpectum eſt enim illud, *ſecundo:* cum Latini magis dicere ſoleant pridie Calendas, quam, ſecundo Calendas. Sed ſive idem reſcriptum ſemel datum eſt, ſive ſæpius: certe hoc conſtat in *L. un. C. de lit. conteſt.* diſtinctionem proponi, qua intereſſe dicunt Imperatores, inter litem conteſtatam, & editam actionem. Cuius diſtinctionis alteram tantum partem, quæ eſt de lite conteſtata, imperatores eo loco expediunt. Altera autem pars quæ eſt de edita actione ſine dubio eſt ea, quæ legitur in *L. edita*. Eſt enim ad definitionem illam, quam dixi, explicandam ita accommodata, ut non aliud membrum ei diſtinctioni convenientius, & quod propoſitæ differentiæ rationem magis contineret, reperiri potuerit. Ita quæ fuit imperatoribus in una parte eius reſcripti quæſtio propoſita, eam fuiſſe propoſitam in utraque intelligendum eſt. Fuit autem ut dixi, hæc una, an actori liceret actionem ante litem conteſtatam invito reo emendare, mutare, relinquere? Id tractatum eſt in ſpecie huiuſmodi, Valens utriuſque loci conſultor fundum Tuſculanum petierat, & actionem ediderat reo:

[1]) De hac correctione & mutatione libelli, quatenus & quouſque licita, collibitum ſane plenius ab Interpretibus tradita excutere exemplo Capitis præcedentis. Verum cum modus libri non patiatur, exactiora differo. Conſulere poteſt de reliquis avidior lector Donell. Zoanet. & Gilken. *ad L.* 3. *C. h. t.* Sichard. *ad Auth. qui ſemel. Cod. quom. & quand. indic n* 12. *& ſeqq.* Menoch. *Arbitr. Cap.* 5. 176. Fachin. 11. *Contr.* 91. *&* 9. *ſeqq.* Brooch. 1. *Kaant.* 28. Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 20. Damhuder. *Prax. civil. Cap.* 110. Vacon. 6. *Declar.* 89. Mudæ. & Sneidvin. *ad §. ſi minus.* 34. *& ſeq. Inſtit. de act.* Cæſar. Contard. *in L. diffamari Cap.* 3. *n.* 95 *et ſeq.* Reiner Bachov *Miſcel. diſp. Cap.* 1. *pag* 9 *& ſeq.* Philipp. Matth. *ad L.* 86. *de R. I. n.* 24. *& ſeqq* Iacob Ayrer *Proceſſ. Parte* 1. *Cap.* 9. *Obſervat* 10 Gilman. *Lib.* 1. *deciſ cam* 41. Wurmſ. *Tit* 9. *Obſerv* 3. Ioan Pels *Proceſſ. Tit* 21. *n.* 84. *& ſeqq.* Iacob. Schult. *Qu. Pract* 10. *n* 35. *& ſeqq. & Obſerv forenſ.* 48. *& ſeq* Eberh Speckhan *Cent.* 1 *Qu.* 65. Mod. Piſt. *Parte* 4. *Qu.* 139 Hartm. Piſt. *Lib.* 4. *Qu.* 22 *& Qu.* 23. *n* 12. 16 *& ſeq* Coler. *dec.* 109 *&* 129. *Nov Elect. Sax.* 11 *Parte* 1. *ubi* Moller *Diff. iur. civil. & ſax.* 11. *Parte* 1. *Conſult. Sax. Tomo* 1. *P.* 3. *Qu.* 3. *&c.*

Digitized by Google

poſtea nondum lite conteſtata cœpit totum fundum petere. Reus non patitur totum a ſe peti; ſed de actione edita cognoſci prius, & pronunciari vult. Quaſi editam actionem mutare non liceat. Ab eo hæc ratio afferebatur: Conſtabat re in iudicium deducta, de ea re iudicem cognoſcere debere. *L. iudicis, C. de iudic.* Et de qua cognoverit, etiam de ea iudicare oportere. *L. de qua re, D. de iudic.* Sic ergo aſſumebat: Atqui actione de parte fundi edita: ea pars in iudicium deducta eſt. Ex quo efficiebatur, & de ea oportere iudicari. Iam vero eſſe hanc partem in iudicium deductam, poſtquam actio de ea edita eſt, probabat argumento litis conteſtationis. Nam lite conteſtata res in iudicium deduceretur. Quaſi utrumque idem valeat, edita actio, & lis conteſtata.

.III. Conſulti imperatores prius rationem ſuperiorem removent. Qua remota ſtatuunt id, de quo quærebatur. Res, aiunt, *in iudicium deducta non videtur, ſi tantum poſtulatio ſimplex celebrata ſit, vel actionis ſpecies ante iudicium reo cognita.* Quaſi dicerent: Nihil obeſt actori, quod de re in iudicium deducta prius iudicari oportet. Hic enim res non eſt in iudicium deducta, ubi nihil amplius, quam actionis ſpecies ante iudicium reo cognita eſt, ideſt, actio edita. Nec ad rem pertinet, quod litis conteſtatione res in iudicium deducitur. *Inter litem enim conteſtatam*, inquiunt, *& editam actionem permultum intereſt. Lis enim tunc conteſtata videtur, cum iudex per narrationem negocii cauſſam audire cœperit.* Hactenus fragmentum. *L. un. C. de lit. conteſt.* Reſtabat, ut dicerent, quando videretur actio edita, ut probaretur, quod propoſuerant, inter iſta multum intereſſe. Et vero fecerunt. Hoc enim eſt, quod hic legimus: *edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat.* Hoc vero differentiam illam, quam eſſe poſuerant imperatores, plane & dilucide aperit. Nam ſi per litis conteſtationem cauſſa cognoſcitur, litis conteſtatio litem præſentem habet: ac proinde litem præſentem in iudicium deducit. At ſi actionis editio ſpeciem tantum futuræ litis demonſtrat, apparet nullam adhuc tunc litem eſſe, cum editur actio: ac propterea eam, quæ non eſt, in iudicium deduci non poſſe. Remota ratione, quæ ei, qui actionem emendare, aut mutare volebat, obſtare videbatur, recte inferunt, quod ſequitur, & quod in quæſtione poſitum erat, actionem nimirum [2] emendari, vel mutari licere. Unde intelligitur iam, cur hic non definiatur aperte, quando videatur actio edita: ſcilicet non erat id imperatoribus propoſitum in eo reſcripto, unde hoc fragmentum tranſumptum eſt. Simul intelligitur & illud, cur hic iniecta ſit mentio de mutanda actione, Quippe id ut apparuit, in illo eodem reſcripto quærebatur. Etſi autem imperatorum is fuit ſenſus in eo reſcripto, quem dixi; tamen quia per occaſionem in eo definitum erat, quid eſſet lis conteſtata, quid edita actio; ob eam cauſſam hæc diſiuncta ſunt, & quod erat litis conteſtatæ, relatum eſt in *tit. de litis conteſt.* quod erat editæ actionis proprium in hunc titulum de edendo eſt translatum. Nunc venio ad id, quod de mutanda actione dicunt imperatores.

IV. Aiunt, *quam emendari, vel mutari licet.* Emendare actionem editam eſt, actione retenta, aliquid ei adiicere, vel detrahere. Ut ſi quis pro decem, quæ ſibi deberi ex cauſſa mutui dixit, poſtea petet ex eadem illa cauſſa viginti; aut pro viginti nunc petat decem. Mutare actionem eſt, repudiata priore actione edita inſtituere novam. Ut ſi quis cum petiiſſet fundum ex teſtamento, eum poſtea ſibi deberi intendat ex ſtipulatu. Utrumque facere licere. Huius loci hæc ſententia eſt. Exempla habes, & confirmatam in his ſuperiorem ſententiam in [3] §. *ſi minus, Inſt. de actionib.* Sed hoc facere tantum licet, iis conditionibus duabus, quæ illic comprehenſæ ſunt. Una, dum ita fiat, *ut edicti perpetui monet* [4] *auctoritas.*

2) Convenit ipſe Donel. *ad L. 3. C. hoc tit. n. 5. & n. 22.*

3) Convenit Donel. *ad L. 3. Cod. hoc tit. n.* 12. ubi & quod mutatio fiat, vel aliam rem petendo, licet ex eadem cauſa, vel eandem rem ex alia cauſa *d.* §. 34. Emendare licet in ſpecie *L.* 4. §. *ult. de nox. act.* Mutare *in L.* 18. §. *ult. de vi & vi arm.* Quomodo & Zoan. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 17. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 65. *n.* 2. & *n.* 10. Ioan. Pels *Proceſſ. Tit.* 21. *n.* 86. & DD. vulgo quod emendare proprie ſit mendum tollere, ſcilicet errorem corrigere ſalva manente ſubſtantia, *L. actionum 46. de re iudic.* Quod probe declarat Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 4. exemplo pictoris & ſartoris, vitium corrigentis, quo correcto, nec res, nec rei nomen mutatur, eadem figura veſtiſque remanet. Plane latiori ſenſu emendatio adiectionem, detractionem & mutationem complectitur, ut ex Quintil. *Lib.* 10. *Cap.* 4 Obrecht. *de conc. libell. Cap.* 20. *n.* 10. Tametſi vero Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 110. *n.* 2. & *ſeqq.* hæc tria diſtinguat: *Corrigere*, quod eſt defectum aut errorem formæ ſupplere & reſtituere. *Mutare*, novam concluſionem accipere, inſtituta actione deſerta & omiſſa, & *adiicere*, ad priorem actionem exhibitam addere: alii tamen rectius iſta duo ſolum diſcernunt. Quomodo autem emendatio fiat adiectione vel detractione, tum quoad formam, & in hoc modo circa verba, modo circa rem, tum quoad materiam, conſule Obrecht. *d. Cap.* 20. *n.* 15. & *ſeqq.* Confer. Ioan. Pels *d. tit.* 21. *n.* 86. & *ſeqq.*

4) Ita & Donello *ad L.* 3. *Cod. h. tit. n.* 13. dum & nova petitio edatur & detur denuo ſpacium reo ad deliberandum. Nam æquitas edicti non ſolum pertinet ad actionem,

tas. Quod quam ſententiam habeat, iam ante dixi. Altera, dum ita permittatur mutari, & emendari, *ut ius dicentis decernit æquitas*. Illud enim *prout* non refertur ad verbum, *licet*, ſed ad verba, *emendari*, & *mutari*. Non enim licet ut edictum monet, ſed licet emendare aut mutare, dum ita mutetur, aut emendetur, ut edicti monet auctoritas. Ideſt, ut bonus iudex [5] æquum eſſe ſtatuit. Id autem æquum ſtatuit, actorem novam actionem inſtituentem, non aliter eſſe audiendum, quam ſi viatica litisque ſumptus [6] dependat reo ob id quod temere in ius vocatus ſit priore actione. *L. eum quem temere*, *D. de iudic.* Neque enim factum actoris nocere debet reo: nec quiſquam poteſt mutare conſilium in [7] alterius iniuriam. *L. nemo poteſt mutare*, *D. de reg. iur.* Et præterea actoris temeritas pœna digna eſt. *Inſt. de pæn. tem. litig.*

V. Quod dicunt imperatores: *vel ius reddentis*, vel, pro &, [8] poſitum eſt, diſtincta oratio pro coniuncta. Nam alterum ex his non ſufficit, utrumque exigimus. Et aliis in cauſſis diſiuncta accipi pro coniunctis, & contra, in uſu iuris frequens eſt. *L. ſæpe*, *D. de verb. ſig.* Videtur adverſari huic reſcripto conſtitutio Iuſtiniani, quæ refertur in *Auth. qui ſemel. C. quom.* & *quand. iud.* Vult enim Iuſtinianus eum qui adverſarium in ius vocabit, ſimulatque ediderit actionem, litem ad finem uſque perſequi. Sed ex conſtitutione *Nov. de litig.* 112. § *omnem*. unde ſumpta eſt *Auth. qui ſemel*, apparet [9] Iuſtinianum loqui de eo, qui actionem differat exercere, quam nihilominus ſuam propriam eſſe velit. Nos de eo agimus, qui actionem non differat, ſed omittat emendare eam, aut in totum repudiare. Quod unicuique facere permittendum eſt.

VI. Tractatum eſt, quandiu actionem editam emendare, vel mutare liceat, utrum ante litem conteſtatam tantum, an & poſt conteſtatam. Etenim in *L. non poteſt*, *D. de iudic.* traditur, ſi quid poſt conſtitutum iudicium accidat, non poſſe videri in iudicium veniſſe, & ideo de eo opus

nem, quæ primo inſtituta, ſed ad omnem petitionem, etiam novam, quia in omni intereſt Rei, noſſe quid & quamobrem petatur. Aliter Revard. *Protrib. Cap* 9 *in fin.* putans edicto certas emendandarum actionum regulas fuiſſe definitas, quæ cuiuſmodi fuerint, nobis non conſtet. Sicuti & Alciat. *ad L.* 3. *Cod. h. t. n.* 4. referente Gilken. *ibid. n.* 18. certos caſus quibus emendatio conceſſa vel prohibita ſpecialiter relatos fuiſſe. Ipſeque Gilken. *d. loc. n.* 19. & *ſeqq* caſus enumerat, quibus auctoritas edicti obſtiterit, ne emendatio vel mutatio, etiam ante litem conteſtatam, fieret. Veluti (1). Si certum tempus ſolemnibus actionibus explicandis actori ſtatutum, *ut L.* 39. *ad L. Iul. de adult.* (2) Si iam antea emendavit, quem ſecunda vice non audiri, contra Bolognettum & alios ſtatuit, cum pleriſque aliis Gilken. *d. loc. n.* 21. & 2. *ſeqq.* tum argum. *L.* 11. *C. de reb. credit.* & *iureiur. L. boves* 89. §. 1. *de V. S.* tum quod propudioſa videatur crebrior illa variatio. (3) Si ipſa editione ius reo quæſitum eſſet. Exemplum peti poteſt ex *L.* 41. *Cod. de tranſactionibus* (4) Si confeſſionem libello factam revocare velit *L. cum precum* 9. *Cod. de Lib. Ca.* Alias inſuper, ſex declarationes, ceu vocat, profert *n.* 27. & *ſeqq.* ubi vide. Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 1. & 2. Cum iuris civilis rigore a formulæ præſcripto recedere, proinde nec emendare quidquam licuerit, id æquitate Prætoria temperatum fuiſſe, ut ſi quid mendæ per errorem ineſſet, id corrigere liceret, adde Scip. Gentil. vid. *h. C. N.* 6.

5) Ita & Donellus *ad d. L.* 3. *n.* 14. ubi *n.* 15. ſubdit, etſi ius reddens non niſi Magiſtratus; nec Iudex datus contineatur; per hæc tamen verba illum non excludi, cum eadem æquitas huic iniungatur, in iis quæ ad iudicium & officium eius pertinent. Neque hic intelligitur æquitas profecta a ius reddente, ſed quæ in eo eſſe debet. Quare & cum apud Iudicem datum agitur, verum eſt ita decerni æquitate ius reddentis, quia Magiſtratus, ſi apud ſe ageretur, ita decerneret.

6) Conveniunt fere in ſententia hac & verborum & *ius dicentis* expoſitione DD. vulgo quos plures citat Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 24. quibus adde Curt. Iun. *Conſil.* 263. *n* 4. & Zoanet. *ad d. L.* 3. *n.* 59. qui & *n.* 58. eo quoque Iudicis officium refert, ne qui prius actionem non famoſam inſtituit, poſtea famoſam intendens audiatur, arg. *L.* 38. *de R. V.* Aliter Scip. Gentil. *Lib.* 1. *de iuriſdict. Cap.* 1. qui ita: Edicti auctoritas refertur ad emendationem libelli edicto permiſſam; ius dicentis æquitas ad mutationem. Quæ non permiſſa, quia maius quid *mutare*, ubi nova actio inſtituitur, quam *emendare*, ubi eadem retinetur; ſed ex officio a Prætore æquitatis ratione conceditur. Aliter Paul. Buſius *ad L.* 1. *h. tit. n.* 36. ſemel mutari licere ex edicto ante litem conteſtatam, ſine imploratione officii Iudicis; ſic accipit verba edicti &c. Poſt litem autem conteſtatam non iterum ſine nova interpellatione, id eſt, citatione & cauſæ cognitione, cum ſententia petitioni conformis ferri debeat Sed cauſæ cognitione prævia id, Iudice conſcio & permittente, fieri poſſe, ſic interpretatur verba *vel ius dicentis* &c. Sed & Menoch. *Arbitr. Caſu* 176. *n.* 2. & Obrecht. *de Cons. libell. Cap.* 20. *n.* 45. ſic exponunt, quod Iudicis ſit arbitrari, an libellus emendandus vel mutandus ſit necne.

7) Donellus *ad d. L.* 3. *n.* 14. Gilken. *ibid. n.* 15. quia merito temeritas coercetur eius, qui in meditatione cauſſæ ſat temporis habens libellum non iuxta rei fidem ſatis concinnavit, add. Ianuin *de Citat. reali Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 121. Niſi correctio ita comparata, ut nihilominus reus inſtructus eſſe potuerit, (ubi dilatio nova non tribuenda, per *Cap. litteræ.* 3. *de dilat.* Obrecht. *d. Cap.* 20 *in fin.*) nec quicquam damni ex mutatione ſentiat, vid. Gilken. *d. loc. n.* 16. Et niſi omnis temeritas ac leviſſima quoque culpa ceſſet, *ibid. n.* 17. Sed & qui declarat ſolum libellum, ſeu ambiguitatem interpretatur, eum non teneri volunt, cum declarando nihil novi proponat, *L.* 21. §. 1. *qui teſt. fac.* Bovet. *Sing.* 31. *n.* 4. Gilken *d. loc n.* 26. *in fin.* P. Greg. 48. *Synt.* 5. *n.* 9. Ut nec qui mutat in aliqua qualitate, quæ non cauſſa actionis, ſed moderandæ executionis, Bovet. *dict. loc. n.* 5.

8) Ita & Donellus *ad dict. L.* 3. *n.* 16. De vi voculæ *vel* vide Val. Forſter. 1. *de Succeſſ. inteſt.* 9. *n.* 3. Val. Guil. Forſter. 1. *Obſerv. Succiſ. ult.*

9) Et *d. auth.* loquitur de iis, qui perſecutionem tantum in præſens omittunt, non qui ipſi actioni inſtitutæ renunciant, Donell. *ad d. L.* 3. *Cod. h. tit. n.* 19. qui ſubterfugiunt & protrahunt iudicium, nec cauſam inchoatam proſequuntur, Bronch. 1. *Enant.* 28. male itaque qui per *d. auth.* correctam eſſe *h. L.* 3 ſentiunt relati a Gilken. *ibid. n.* 139. Nam ut idem *n.* 141. leges correctoriæ de protrahente, *d. auth* vero de tergiverſante loquitur. A. qui iure communi utitur, emendando libellum, non intelligitur id procraſtinandi cauſſa facere, vide & Fachinæ. 11. *Contr.* 100. & Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 13. Plane in Camera exhibito prius ſummario libello, non licet poſtea articulatum edere, quia cum initio liberum alterutro uti, optione ſemel facta eligendi facultas ſublata, Frider. 2. *Mand. de iudic. Cap.* 9. *n.* 3. (ubi *n.* 4. quod alia ſit mutationis ratio, in qua non optio, ſed iuris deductio ſpectatur) add. Obrecht. *de conc. libell. Cap.* 20. *n.* 44.

Digitized by Google

opus eſſe nova interpellatione, quod valet, novo iudicio. Et multum intereſt, utrum de priore actione omittenda quæratur, an de nova inſtituenda. Si de priore actione quæritur, poſſit ne actor ab ea deſciſcere, quanvis reus non abſolvatur: puto poſſe, quandiu litem non ſit conteſtatus; nec expectandam eſſe ſententiam iudicis ex eo iudicio: quia ſcilicet nullum ſit lite nondum conteſtata. *L. 1. C. de litis conteſtat.* Semel autem lite conteſtata non puto actorem a re in iudicium deducta poſſe recedere, quin deſiderante reo iudex de re cognoſcere, & [10] ſententiam ferre debeat: quoniam ita ius ſit, ut iudex conſtitutus iubeatur de re cognoſcere, & qua de re cognovit etiam pronunciare. *L. iudices, C. de iudic. L. de qua re, D. de iudic.* Eſtque plane ea differentia, quam ſtatuere volunt imperatores inter actionem in iudicium deductam, quod fit lite conteſtata, & actionem quæ tantum ſit edita in *d. L. 1. C. de litis conteſt.*

VII. Quod ſi de nova actione hoc quæritur, an actori ius ſit, vetere omiſſa novam inſtituere: puto ius eſſe non tantum ante, ſed etiam poſt litem conteſtatam. Fruſtra ac temere inſtitui fateor ineptam actionem: ſed non ideo,[11] aptam ea inſtitutione conſumi verum ſit. *L. fideiuſſor, de neg. geſt. L. 1. ſi menſ. fal. mod. dix. L. cum indebitum, de cond. indeb. clem. ult. extr. de appellat.* Idque eſſe, quod Iuſtinianus [12] ſcribit in *§. ſi minus, Inſt. de actionib.* Quicquid actor mutet de actione, quicquid novi petat poſtea, id eum conſequi poſſe eodem etiam iudicio. Cui ſententiæ congruit quod ſcriptum eſt in *L. cum fundum, §. ult. D. unde vi.* recte actionem proceſſuram, ſi actor in ea perſeveret. Cui ipſi tantum abeſt, ut repugnet. *L. non poteſt, D. de iudic.* ut vel hoc uno loco ſuperior ſententia confirmetur maxime: in eo ita ſcriptum eſt. *Non poteſt videri in iudicium veniſſe id, quod poſt litem conteſtatam accidit. Ideoque nova interpellatione opus eſt.* Recte. Ergo & poſt litem conteſtatam nova interpellatione agi poteſt de eo, quod poſtea accidit. At enim opus eſt nova interpellatione. Et nos hoc loco novam interpellationem exigimus. Sic enim dicimus emendari, & mutari actionem poſſe, dum ita fiat, ut edicti monet authoritas. Quid autem monet? Edere actionem, qua acturus ſis, & dilationem dare reo, quæ conſtituta eſt ad deliberandum: utrum cedere an contendere debeat. Tantum in tempore quod ſequitur litis conteſtationem, inter ius vetus, & conſtitutionem Zenonis, quæ refertur in *d. §. ſi minus, Inſt. de actionib.* hoc intereſt, quod veteribus non permittebatur poſt litem conteſtatam quicquam novi perſequi, niſi nova actione de ea re a magiſtratu impetrata. Zenonis autem conſtitutione [13] effectum

10) Eodem recidit quod Donell. *ad d. L. 3. n. 20.* omittere quidem licere poſt litem conteſtatam veterem, ut ad aliam transferatur ſine novo iudicio: ſed ita ut reus deſiderans a priori actione abſolvatur. Ante litem vero conteſtatam ſi mutetur, prior ita omiſſa actio, ut de ea nec iudicari poſſit, quia nec cognoſci. Neque id nocere reo, cum renunciatio litis ab actore facta tam illi proſit, quam abſolutio, *L. 4. C. de pact.* Inſtituta autem nova veteri renunciari intelligitur, ut ibid. Donell. n. 20. tunc demum cum poſterior ad priorem augendam vel promovendam nil pertinet. Alias ſecus, ut ſi omiſſa vindicatione interdicto experiatur, *L. 18. §. ult. de vi arm.* Sic Vacon *d. Declar.* 89. *n.* 13. *in fin.* petitus 10. ex depoſito, quæ ex mutuo debebantur, ſi velit, formula mutata ea cauſſa mutui petere, renunciare debes & inſtantiæ & ipſi cauſſæ depoſiti.

11) Confer. not. *ſupra Lib. 22. Cap. 5. N. 20. & hoc lib. Cap. praeced. N. 9. ſub fin.* verſ. *ubi vero ita &c.*

12) Equidem verba iſta neutro loco habentur, etſi Donellus hic bis dicat, *Scribit & ſcriptum eſt*, ſed hæc ſententia inde adſtruitur. Nam ut Donellus *ad L. 3. C. hoc tit. n. 17.* cum *d. § 35.* dicat errorem corrigi poſſe eodem iudicio, utique & lite conteſtata, quomodo & arguit Vacon. *d. Declar.* 89. *n.* 6. ac Ant. Matth. *in not. ad §. 31. & ſeq. Inſtit. de actionib.* quia eamde iudicium excipit. Quin & in Digeſtis exempla tum emendatæ actionis poſt litem conteſtatam in *L. 4. § ult. de aox. action.* tum mutatæ in *d. L. 18. § ult.* Ubi pendente iudicio vindicationis, interdicto intentato, neceſſe eſt omitti vindicationem prius inſtitutam, per *L. 13. C. de R. V. L. 3. Cod. de interdicto*. Donell. *d. loc.*

13) Recte. Quod confirmat Donellus *ad L. 3. C. hoc tit. n.* 18. Ante Zenonem extra id, quod in iudicium veniſſet, excedere poteſtas iudicis non poterat, *L. 19. Com. div.* Non venit autem niſi de quo actio inſtituta & iudicium acceptum. Aſt illa Conſtitutione Zenonis apud eundem iudicem & eadem inſtantia petitione mutata agere licet. Nec ei tamen obſtat *d. L. 23. de iudic.* Nam interpellatio ibi expriment la non novum iudicium, ſed petitio, idque ea mente Iuſtiniani qui omnia ſua fecit. Et conſentiunt fere Obrecht. *de conc. libell. Cap.* 20. *n.* 39. *& ſeq.* Vacob *d. Declar.* 89. *n.* 5. *&* 6. Bachov. *Miſc. diſput. Cap.* 1. qui hodie eſſentialia libelli reformari poſſe citra novum proceſſum putat, quia duæ cauſſæ, quæ iure veteri obſtiterint, ſublatæ, (1) quod qui non apte petierat, cauſa cadebat, (2) quod iudex de alia re, quam de qua formula accepta, non iudicare poterat. Hodie enim apud ipſum Magiſtratum iudicia agitantur. Multum vero refert, utrum eodem iudicio priori, an novo, tum alias; tum quoque ratione ſportularum & vectigalium, quæ ratione libelli conſuetudine locorum ſolvi, vid Gilken. *ad L. 3. n. 49. & ſeq.* Ut ut vero hæc ſint, contra ſe habet vulgata DD. uſuque fori recepta generalis doctrina, Libellum emendari poſt litem conteſtatam non poſſe, & multo minus mutari. Tametſi quoad emendationem plures ſtatuantur limitationes. De quibus plenius Gilken. ad *L. 3. Cod. h. t.* Zoan. *ibid.* n. 17. *& ſeqq.* Speckhan. 1. Q. 65. Obrecht. *d. Cap.* 20. alii *ſupra N. 1.* citati quos adi, adde Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 12. qui nihil poſſe addi vel detrahi in tribus ſubſtantialibus libelli partibus, narratione, cauſſa petendi & concluſione. Secus in iis, quæ incidenter petuntur. In foro Saxoniæ corrigendi poteſtas finitur lite conteſtata, vel ante eam guaranda præſtita, Landr. *Lib. 3. Art. 14. & Novel. Elect.* 11. *p. ubi* vid. Moller. & omnino Coler. *Deciſ.* 109. aliique DD. Sax. *ſupra N.* 1. citati. Poſt illam tamen litis conteſtationem quæ in eventum fit, vel ſub conditione, ſi exceptiones propoſitæ per interlocutionem reiectæ fuerint, mutatio prohibita non eſt, antequam impleatur conditio. Moller *ad Novel. Elect.* 3. *n.* 14. *& ad d. Novel.* 11. *n.* 5. *p.* 1. Quid ſi conſenſus partis adverſæ accedat? Gail. 1. *Obſ.* 64. *n.* 9. nec tunc mutationem admitti. Sed notatur a Fridero *de Proceſſ.*

Digitized by Google

fectum eſt, ut poteſtas eſſet priorem actionem mutandi ita, ut actor quod nunc peteret, eodem iudicio conſequeretur, non novo. Quæ duo ſi ad ſua quæque tempora revocautur, non pugnant, ut bene admonet Eguinarius Baro in *d. §. ſi minus*. Etenim ut mos iudiciorum fuit, ante tempora Zenonis tum, eum iudicia impetrabantur, non licuit quicquam in iudicium deducere, niſi cuius rei iudicium eſſet ante impetratum. Impetrationibus actionum poſtea a Theodoſio & Valente ſublatis, conſequens fuit, ut quanvis non accepto a prætore iudicio liceret apud eundem iudicem errorem ſuum emendare, & ſuum conſequi: dum mutaretur iis conditionibus, quæ hic præſcribuntur. Mutare actionem, & emendare is ſolum intelligitur, qui priore repudiata novam movet. Quod non facit is, qui priorem retinens cum ea novam aliam adiungit. Ex quo iudicari poteſt, quam apte, & huic loco convenienter iniiciatur in hunc locum ab interpretibus hæc quæſtio, an plures actiones eodem iudicio cumulare liceat. Plura ad *d. L. edita*, diſſeruimus in commentario Codicis ad illum titulum. De [14] cumulatione autem actionum, ut vulgo vocant, ſive de concurrentibus actionibus, ut Paulus & veteres loquuntur, diligenter a nobis expoſitum eſt ſupra in his commentariis libro 21. cap. 3.

CAP.

eſſ. extrah. Lib. 3. de Contin. cauſſ. Cap. 5. n. 3. (1) quia ideo vetita, ne reus gravetur duplicibus & variis ſumptibus, item ne præ actore, cui ſatis temporis fuit ad concinnandum libellum, arctetur. Ergo per *L. pen. C. de pact. & ſimil.* (2) per litis conteſtationem non tam iudex quam partes ad inſtantiam obligantur. Ergo ut aliis contractibus communi conſenſu addi vel detrahi poteſt, ita & hic. Plane in appellationis inſtantia emendari libellum actionis non poſſe convenit, cum cauſſa ibi ex priori libello diſceptanda ſit, Vacon. *d. Declar.* 89. *n.* 6. & ad hoc plures allegat Gilken. ad *d. L.* 3. *n.* 32. quibus adde Weſenbec. 18. *n.* 3 Appellatorius tamen libellus ita corrigi poteſt, dum non transformentur ea, quæ libello actionis comprehenſa, vid. Gilken. *d. loc n.* 34.

14) De cumulatione actionum poſt litem conteſtatam vid. præter citatos *ſupra Lib.* 21. *Cap.* 3. *N.* 5. in genere, in ſpecie Zoan. ad *L.* 3. *C. hoc tit. n.* 46. *& ſeqq.* Coler. *ad C.* 2. iunct. *Cap. dilecti* 8. *de except. n.* 43.

C A P. V I.

De inſtrumentorum, & rationum editione quæ ab actore exigatur.

Rerum nexus atque ordo. I.
Rationes edere actor debet omnes: ſed inſtrumenta illa dumtaxat quibus uti volet. Contra ſentientes refelluntur. II.
Quid inter rationes actoris, & cætera eius inſtrumenta diſcriminis. III.
Fiſcus, ſi agat, *inſtrumenta & rationes ſuas edere debet.* IV.
Edendæ rationes cum die & conſule, aliter inſtrumenta, & quare: utraque quando edi debeant. V.

I. HActenus de edenda actione diximus. Et erat quidem editio actionis ad id, quod inſtituimus, ſatis. Hoc enim agitur, ut quis recte vocetur in ius, atque ita, ut quo minus veniat iure recuſare non poſſit. Nihil autem amplius ad hanc rem ab actore exigitur; quam ut eum in ius vocet, eique actionem edat libello oblato, qui hanc complectatur. Inſtrumenta [1] vero ſua & rationes, etſi iubetur aliquando edere: tamen id ante [2] litem conteſtatam nunquam facere cogitur. Inſtrumenta enim edere debet, ſed ea, quibus uſurus ſit. Non poteſt autem dici illum inſtrumentis ullis uſurum eſſe, prius, quam conſtiterit, illi opus eſſe inſtrumentis, & ipſum iis uti poſſe. Porro ante litem conteſtatam nec actor inſtrumentis indiget, neque his uti omnino poteſt: cum illis utamur ad rei in iudicium deductæ probationem. Rationes quoque ſi deſiderantur, ideo deſiderari conſtat, ut fides veri conſtare poſſit. *L. non eſt novum, C. de edendo.* Item ut actor fundet intentionem ſuam. *L. ult. C. de eod.* Quod ſi de fide, & probatione intentionis non ante quæritur, quam iudicium ſit conſtitutum, ideſt lis conteſtata: perſpicuum eſt ante litem conteſtatam ei poſtulationi locum eſſe non poſſe: ſed tamen aliis in partibus iudicii iſtarum quoque rerum editio iuſte deſideratur, atque ita deſideratur, ut in omnibus prope: actionem dico, inſtrumenta, & rationes, eadem æquitatis ratio editionem admittat. Quod cum ita eſſet, ne forte ea, quæ una ratione, & natura rei coniungebantur, ideo diſiungerentur, quia aliis atque aliis temporibus eduntur, conſulto factum eſt, neque ut videtur ſine ſumma ratione, ut quæſtione, de editione actionis propoſita, per occaſionem ſemel eodem loco diceretur de omnibus, quæ edi in iudicio oporteret. Et quidem prætor in ea parte edicti quæ eſt de edendo, ſimul de his omnibus edixit. Quam partem & nunc exequar. Et quoniam dixi de actione: deinceps quærendum eſt, quæ res præter actionem edi debeant, quibus, & quando debeant.

II. Et præter actionem, quæ actor (nam de reo ſeparatim dicam poſtea, ut res quæ-
que

1) Editio alia reſpicit actionem, ſeu petitionem ac præparatoria iudicii, de qua *Capp. praced.* Alia inſtructionem Proceſſus & probationem, quæ fit poſt litem conteſtatam nec præparatoria eſt, ſed inſtructoria cauſſæ ac judicii, Cagn. *in Rubr. C. h. t. n.* 11. *n.* 43. *&* 47. Fac. *L.* 10. §. 1. *ibi ad inſtruendum h. t.* Roſh. *Proceſſ. Tit.* 36. *n.* 32.

2) Vulgo DD. hoc regulare quidem ſtatuitur, aſt non perpetuum. Certis namque caſibus & ante cœptum iudicium editionem hanc peti poſſe ſtatuunt, non ad finem probandi, aut fundandi ſuam intentionem, ſed conſultandi, cedendum, an contendendum ſit. Veluti ſi in libello mentionem fecerit actor inſtrumenti, atque ad illud ſe retulerit, poſt alios Zoan. *ad Rub. Cod. h. tit. n.* 36. Carb. *Pract. Lib.* 3. *Cap.* 3. *n.* 22. Mynſ. *ad Cap.* 1. *extr. de prob. n.* 41. fuſe Pac. *Lib.* 1. *de Prob. Cap.* 66. *n.* 95. *& ſeqq.* Vult. 1. *Diſcept.* 6. *pag.* 63. ſcribens proferri hic debere inſtrumentum, ut editio actionis plena fiat, *die Klage darmit zu ergentzen*. Etſi vero Guid. Pap. Q. 116. & Wurm. *Tit.* 9. *Obſ.* 5. diſtinguunt an per modum affertionis mentio fiat, ex. gr. Debes mihi 10. ex mutuo, de quo habeo chirographum; an per modum limitationis, ex. gr. Debes 10. prout conſtat ex chirographo &c. quaſi hoc ſolum caſu editio recuſari nequeat, illo poſſit. Etſi idem alii magis in hoc variaverint referente Frid. *Lib.* 2. *de Mandat. ind. Cap.* 48. *n.* 4. Melius tamen idem Friderus id ſolum ſpectari, negetne reus intentionem actoris, ubi lite per hoc conteſtata, inſtrumenta producenda ad vim probationis: an dubitare ſe dicat, quod inſtrumenti allegati nulla vel non plena ſibi ſit notitia, ubi ad fines conſultandi id exhibendum. Sicuti & diſtinctio Papæ diſplicet Ranch. *ibid. in annot.* & eam in Curiis non ſervari Foll. ad Mar. *P.* 6. *Art.* 10. *n.* 9. Si tamen probabile ſit, reum habere notitiam eius inſtrumenti, aut alias de contractu illo eſſe inſtructum, editionem hanc actori non iniungi vult Mynſ. *d. n.* 41. Foller. *d. loc. n.* 11. & Zoan. *d. loc. n.* 37. *per L.* 2. *h. t.* quam & de editione, quæ conſultandi non probandi cauſſa fit, accipit, A. Fab. *ibid.* Fiſcum quoque & qui pari iure fruantur, ut *C. ſeq. N.* 5. *initio* hoc recte exigere, ut cognoſcant, an ex inſtrumentis adverſarii fundari poſſit ſua intentio, tradit. Mynſ. *d. n.* 41. poſt Panorm. *ad d. C.* 1. Plane quin proprii inſtrumenti editio actione ad exhib. vel rei vindicatione ante litem ex eo motam vel movendam peti poſſit, ut dubio vacat, ita huc vix appoſite a Mynſ. *d. n.* 41. accommodatur, cum exceptio hæc non ſit de genere regulæ. Aliter Cuiac. 10. *Obſ.* 14. regulam plane contrariam ſtatuens: Inſtrumenta litis edenda ante litem conteſtatam, ut niſi ea una cum actione reo edat, actor nihil agat. Tum ne improviſo reus opprimatur, tum ne plus debito actor petat. Quin & recuſata hac editione eo ipſo plus petitionis periculum incurri contendit.

que diſtincte tradita magis intelligatur: nunc de actore loquar) quæ actor, inquam, poſtulanti reo iubeatur edere, duo ſunt: inſtrumenta, & rationes. Utrumque ſumma ratione. Nam & inſtrumenta eiuſmodi res ſunt; quibus non cognitis non poſſit ſcire reus utrum cedere an contendere porro debeat, non magis quam actione non cognita, qua conveniatur: cum ex [3] inſtrumentis actionis fides & vis pendeat. Ut profecto ſi actionem ideo edi æquum eſt, ut ſciat reus utrum cedere debeat; an contendere; æquum ſit ob hanc ipſam cauſſam ei poſtulanti edi inſtrumenta, quæ id non minus præſtant. Rationes autem cur æquum ſit actorem edere, quia indiget pluribus verbis, dicam opportunius tum, cum de rationibus rei diſſeram. Sed hæc diſſimili conditione actor edere iubetur. Inſtrumenta quidem ea ſolum quibus [4] uſurus eſt; Rationes autem ſuas ſine ulla exceptione id eſt, ſive his uſurus ſit, ſive non ſit; ſive privatæ ſint, ſive publicæ, ut fiſci. De inſtrumentis ita ſcriptum eſt in *L. 1. §. ult. D. eod.* Edenda autem ſunt omnia, quæ quis apud iudicem editurus eſt: non tamen ut inſtrumenta, quibus quis uſurus non ſit, compellatur edere. De rationibus autem aliter in *L. non eſt novum*, C. eod. *Non eſt novum*, ait Alexander, *eum, a quo petitur pecunia, implorare rationes creditoris, ut fides veri conſtare poſſit.* Idem in *L. iuſtum*, C eod. *Iuſtum eſt deſiderium eius, a quo pecunia petitur, licet nomine publico, ut rationibus publicis exhibitis conſtet, quantum ſub nomine ſuo ſolutum ſit* Non exigunt hæc reſcripta, ut actor his rationibus uti velit, prius quam cogatur eas exhibere. Volunt [5] eas edi, etſi ille his uti refugiat. Quod omnes in rationibus admittunt; ſed ita ut plerique, quod de rationibus dicitur, ad cætera omnia inſtrumenta actoris transferant. Quam ſententiam quæ res illis expreſſerit, non queo ſatis animadvertere; cum tam diſerte ſcriptum ſit in *d. L. 1 §. ult.* actorem ea inſtrumenta edere non compellendum, quibus uſurus non ſit. Aiunt, inſtrumenta [6] eſſe rationes. Quod aperte falſum eſt. Rationes quidem ſunt inſtrumenta; quia his cauſſa inſtruitur. *L. 1. D. de fide inſt.* ſed non omnia inſtrumenta ſunt rationes. Cum fieri poſſit, ut tabulæ perſcriptæ ſint de uno negocio. Rationes autem non ſunt, niſi

3) Atqui hæc ipſa ratio efficere videtur, ut ante litem conteſtatam inſtrumentorum litis quoque fiat editio, quæ Cuiacii ſententia eſt iam expoſita. Cui vix eſt ut, vel ideo, non aſſenſum firmum præbeam; ſed amplius malo.

4) Non dicitur: *quibus uſus eſt*. Poſtquam enim ſemel edita producta inſtrumenta, ex quo iis utitur actor, de actis iudicii & communia effecta, ut quandocunque exhibenda ſint, vid. Cagnol. *ad L. 1. Cod. hoc titulo n. 43*, Ant. Fab. *ad d. L. 1. §. 3.* Nec prodeſt actori, ſi poſtea dicat, ſe nolle uti, Cagnol. *ibid. n. 60* Nec ſi dixerit, ſe producere in paſſibus ſolum pro ſe facientibus & non aliter, quia proteſtationis huius nulla vis, (licet quidam tunc utilem eam eſſe velint, cum pars adverſa illi non contradicit) quia non in poteſtate eius eſt reſtringere vim probationis inſtrumenti in iudicio producti, Cagn. *in d. L. 1. n. 6. ac ſeq.* vid. tamen Meno *Arb. C. 4* 00. *n* 74. Verum & quando adhuc non utitur, peti poteſt editio, ſi uſurus eſt *d. §. 3.* Aſt unde hoc conſtat? Vulgo ſi in libello meminit inſtrumenti, vid. Cagn. *ad d. L. 1. n. 56.* Sed & petente parte adverſa iudex interrogare debet actorem vel reum (nam in inſtrumentis aliut præter rationes par cauſa actoris & rei, Donell. *ad L. ultim. Cod hoc tit. n. 6.* & patet ex *Cap. ſeq.*) num habeat inſtrumenta, quibus uti velit, Cagnol *ibid. n. 64.* Atque tunc pœna non edentis hæc ut eius iure privetur, ſeu ut eo, quod edere iuſſus, non paruit, poſtea uti nequeat, *L. ultim §. 1. de appell* Ant. Fab. *Cod ſuo hoc tit. definit.* 2. Blarer. *in L. diffamari Cap. 6. n.* 19. Contard. *ibid. Cap. 4. n.* 50 Non autem edenda, quæ iudici ſecreto, ad eius informationem, ceu privati, exhibita, quia illa nec actis inſerenda, nec iis iudex moveri debet in ſententia ferenda, quæ ſibi non ut iudici conſtant, Guid. Pap *Quæſt.* 242 *ibique in annot.* Matthæ. Cagnol *in Rub. Cod hoc tit. n.* 18. add. Afin. *Praxi §. 22. Cap* 8. *limit.* 1. Quæritur Num cum articulorum probatoriorum editio fit, reo una edenda nomina teſtium examinandorum? Quidam negant. ob timorem ſubornationis, ut Ripa referente Cagnolo *ad L. 1. Cod hoc tit. n.* 63. & Bronch. 2. *Aſſ.* 94. *circa fin. per L.* 38, *in final. princ. de recep. arbit.* Contra poſt *gloſ. & DD* Scaccia 1. *de iudic.* 100. *n.* 22. quod nec ante incipiat dilatio ad edenda interrogatoria, quam his editis. Quia interrogantis animus non tam ex qualitate probandorum. quam ex qualitate teſtium perficitur. Et ita uſus ſervat. Copiam autem interrogatoriorum adverſario fieri non debere, vult Scaccia *ibidem n.* 15.

5) Nam in *dd. LL.* eduntur ad intentionem vel exceptionem adverſarii probandam. Ac ita, etſi extra librum rationum obligatur debitor, ac non ex Codice rationum agat, ſed ex chirographo mercatur, edere tamen eum rationes ſuas ad probandam ſolutionem rei debere iudicatum refert A Fab. *C. ſuo h. t. defin* 16.

6) Ita Myn *ad C. 1 extr de probat. n.* 22. *rationum* appellatione omne ſcripti genus contineri per *d. L.* 82. *de cond. & dem.* aliaſque impertinenter prolatas. Communiſque concluſio traditur ad probandam defenſionem rei exceptionem vel duplicationem: quævis inſtrumenta cauſſæ ipſi ab actore edenda. Mynſ *ibid. n.* 21 poſt alios relatos, Gilken. *ad L. ult. Cod. hoc tit n* 4 *& ſeqq.* Bovei *Sing.* 32 *n.* 3. n. 9. Bron. 2. *Aſſ.* 94. Old. *Claſſ.* 1. *Act.* 8 *Q.* 4. n. 6 Pacian. *Lib. 1. de Probat.* C 63. n. 117. Frider. *Lib. 2. de Mand. iudic. C.* 48. *n.* 8. *&* 9. (qui *d. L. 1. §.* 3 ita reſtricte accipit, niſi petatur editio ad fundandam defenſionem rei) Quod tamen declarant, ſi exceptio meram defenſionem contineat. Unde aliud ſtatuunt. (1) Si vim actionis habeat, & impugnationem quandam contineat, ut Compenſatio & Reconventio, Mynſ. *d. loc n.* 24. & Gilken. *n.* 10. Pacian. *d. C.* 63. *n.* 124. *& ſeq.* Quod A. Fab. *C. ſuo hoc tit defin.* 6. in reconventione admittit, quia mutua eſt actio, nec a nova petitione differt, niſi quod in eadem inſtantia. Secus in compenſatione, quia oppoſita ipſo iure perimit ac elidit Ac certe ſi in ulla defenſione æquitas, ea in compenſatione neganda non eſt. Sane ad compenſationem intrinſecam, veluti computando fructus in ſortem, edi docere poſt Dec. Fr. Callettus *Addit. ad Pacian. d. C.* 63, *lit Q.* (2 Si crimen actori opponat, ne ſuum ipſe facinus detegere cogatur, Gilken *in d. L. ult. n.* 9. Mynſ *d. loc. n.* 24. Pacian. *d. lo. n.* 121. *&* 2. *ſeqq.* (3 Si dilatoria Exceptio petitionis æquitatem non excludat, ut actori non eſſe perſonam legitimam ſtandi in iudicio, Mynſ. *ibid* & Gilken. *n.* 8. (4 Si alias defenſio a iure actionis ſeparata, ut ſi poſſeſſorio agenti obiciatur exceptio dominii, Mynſ *ibid n* 13 Old. *d. Act* 8 *Q.* 4 *n.* 6. Et ita DD. Sententia autem Donelli noſtri iure verior videtur ob rationem differentiæ ut *N.* 9. & per *d. L.* 1. *§.* 3. *D. h. t.*

Digitized by Google

niſi de pluribus: ſuntque eiuſmodi, quæ habeant utramque paginam, accepti, & expenſi, dandi, accipiendi, ſolvendi. *L. ſi quis*, 7 §. *rationem*, *D. eod.* Citant, quod ſcriptum eſt in *L. cum ſervus*, in fin. *D. de conditio. & demonſtrat.* eum ſervum, qui iuſſus eſt rationes reddere, debere edere *omnia inſtrumenta actus ſui*. Quod ab eo non exigeretur, niſi verbo rationum reddendarum continerentur inſtrumenta rerum a ſervo geſtarum. Sed aliud eſt rationes reddere: aliud edere rationes. Reddere rationes non eſt tantum edere, & exhibere libros accepti & expenſi: ſed ita reddere rationem rerum illic perſcriptarum, ut quod in his factum dicis, probes. Quæ ratio, & fides niſi [8] inſtrumentis rerum omnium geſtarum editis conſtare non poteſt. Edere autem rationes nihil amplius ſignificat, quam ipſos libros rationum exhibere, ut ſit rationum cognoſcendarum copia. Quæ cognoſci, etiamſi res geſta non probetur, poſſunt.

III. Quærunt ergo quid intersit inter rationes actoris, & cætera eius inſtrumenta? Plurimum vero intereſt. Nam eum inſtrumenta de uno negocio confici ſoleant, certe non fiant de omnibus quæ actor geſſit: non eſt neceſſe hæc confecta eſſe de ſolutione debitoris; quantumvis & reus ſolverit, & inſtrumenta actoris bona fide confecta ſint: cum poſſint de alia re eſſe ſcripta. At rationes eum ſint eiuſmodi, ut in has referantur omnia, quæ actor geſſit, non ſolum quæ dedit, ſed etiam quæ accepit: ſi modo perſcribantur bona fide, ut exiſtimari actori ad famam utile eſt: non poſſunt, quin [9] contineant ſolutionem, & liberationem debitoris, ſi quidem ipſe liberatus eſt, ut dicit.

IV. Adeo autem æquum viſum eſt, actorem rationes ſuas reo poſtulanti edere, ut ne fiſcus quidem, ſi agat, poſſit in rationibus ſuis, ideſt publicis, hanc editionem recuſare: ut cautum eſt in *L. iuſtum*, *C. eod.* Scribit quidem Paulus in *L. in fraudem*, *§. neque*, *D.* de iure fiſci. *Neque inſtrumenta*, *neque acta*, (ideſt ſcripturas eorum, quæ apud procuratorem fiſci eum fiſco acta ſunt) *a quoquam adverſus fiſcum edi oportere*. Sed de extraneo loquitur, quo agente poſtuletur ab eo, ut inſtrumenta aut acta fiſci, quæ apud eum ſint edat. Sciendum eſt enim ſi quis cum fiſco agat, eum actorum poteſtatem poſtulare poſſe, ita ut his uti poſſit, ſi velit: ut ſcriptum eſt in *d. L. in fraudem*, *§. quoties*. Sed hac lege ſit hæc poteſtas: ideſt, hac lege ea eduntur, ne is, cui edita ſunt, adverſus fiſcum, aut rempublicam utatur. Quod Paulus in *eadem lege* ſcribit in *d. §. neque*. Cæterum ipſe fiſcus ſi aget, & inſtrumentis aliquibus ſuis uti volet, aut etiam eius aliquæ rationes erunt, ut ſunt, & eſſe debent: in his utetur [10] iure privatorum, ut quia agit, illa etiam edere debeat.

V. Illud notandum, rationes [11] eum die & conſule edi debere: quoniam accepta & data non alias poſſunt apparere, niſi dies, & conſul fuerit editus, inſtrumenta non eſſe neceſſe edi eum die & conſule quo inſtrumentum conſcriptum eſt; *ne quid excogitetur & prolato die fiat*: ſic verba ſunt *L.* 1. *§. editiones*, *D. eod.* quæ Eguinarius Baro recte interpretatur: Non recte, *prælato*, ut in [12] Pandectis Florentinis; non enim, *prælato die*, idem eſt,

7) *L.* 47. *§. ult. in fin. de pact.* Cuiac. 10. *Obſ.* 14. vid. Gœd. ad *L.* 56. *pr. de V. S. n.* 4. ubi deſcriptionem rationum, quæ *d. §.* 3. ab impugnationibus tuetur. Confer. not. *ſupra Lib.* 7. *C.* 3. *N.* 3. ibique citatos auctores.

8) Ac longe plus eſt reddere rationes quam edere, *L.* 89. *§. ult. de Verb. Sig.* ubi vid. Gœd. *n.* 4. & LL. citata ab eo *&* *ſupra Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 4. quod explicat Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Iuriſd. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 221. *& ſeqq.*

9) Recte. Rationes natura ſua ita conficiuntur, ut etiam pro debitore ſcribantur, continentes duas paginas expenſi acceptique. Cætera inſtrumenta pro eo ſolum confici ſolent, qui ea habet, non pro alio. Et ut forte quid illa habeant, quod faciat pro reo, non tamen id certum eſt, non natura ſua ita confici ſolent, Donell. ad *L.* 5. C. *h. t. n.* 5. Dices: At ſi ſententia *L.* 1. *§.* 3. *D. h. t.* ita generalis, ut *h. C. N.* 5. *&* 6. etiam ad rationes pertinet, cum hæ illæ ſint inſtrumenta. Proinde nec edendæ, niſi ab eo qui uſurus iis. Reſp. Donell. ad *d. L.* 5. *n.* 4. Loquitur *d. §.* 3. de iis inſtrumentis, quibus actor uti poſſet, ſi vellet, ſed in cauſſa præſenti non vult, aut quia ea non fert, aut quia non libet. Rationes autem non ſunt inſtrumenta, quibus uti poſſit actor ad fidem pro ſe faciendam, cum ipſi ſint domeſticæ. Ergo per *L.* 5. *&* 6. *Cod. de probat.*

10) Ita & Donell. *ad L.* 6. *Cod. hoc tit.* (Cui conſent. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. Cap.* 63. *n.* 118.) Nam & fiſcus in contractibus privatorum iure utitur, *L.* 3. *Cod. de reſcind. vendit.* maxime cum ab eo poſtulatur, quod ſine dolo recuſari nequit, Donell. *ibid.* Non obſtat quod ſequitur *d. L.* 45. *§.* 6. quod ipſe fiſcus non alia conditione edat, quam ne is cui editur, adverſus ſe utatur. Quia & id intelligitur, quando Fiſcus tunc cum edit, non litigat, & cui editio facta exinde contra Fiſcum actionem movere velit. Confer. Pacian. *d. Lib.* 1. *Cap.* 65. *n.* 131. Attamen vigore *d. L.* 45. *§.* 5. Curia Imperii cenſuit, fiſcalem edere non teneri, referente *Addit. ad Wurmſer. Tit.* 20. *Obſ.* 1. *n.* 2.

11) Nam cum duabus paginis conſtent accepti una, expenſi altera, eorum collatio in ponendo pari calculo inutilis omiſſo die & Conſule, Cuiac. 10. *Obſ.* 14. Per Conſulem enim olim tempus deſignabatur, Old. *Claſſ.* 1. *Act.* 8. *Q.* 6. *n.* 6. Mynſ. *ad C.* 1. *extr. de probat. n.* 37. Nec ſine hoc explorari poteſt, an imputationes probe referantur, accepta an recte relata ſint, *L.* 82. *de cond. & dem.* Ant. Fab. *ad d. §.* 2. Hodie nomen Imperatoris vel Papæ poni ſolet, Mynſ. *d. n.* 37. Zaſ. *Par. D. hoc tit. n.* 4. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 66. *n.* 63.

12) Cuiac. 3. *Obſ.* 7. Florentinam tuetur, cum præferre diem ſit antevertere, ſeu anticipare, *L.* 28. *ad L. Corn. de falſ.* Liv. *Lib.* 39. Eodemque ſenſu putat dici diem

eſt, ut quidam putant, quod *repetita die* in *L. repetita, D. de fid. inſtr.* niſi forte putamus idem eſſe præferre diem, & repetere: ac quando hæc edi debeant, ex ſuperioribus intelligi poteſt. Scilicet edentur inſtrumenta, cum actor his uti volet; ideſt cum ea edet apud iudicem, ut [13] cauſſam inſtruat. Nam ante an iis uſurus ſit, qui ſciri poteſt? Rationes autem deſiderari poſſunt, quovis tempore poſt litem conteſtatam. Etenim cum recte deſiderentur, ut ex iis actor fundet (quo verbo utitur *L. cum, C. eod.*) id eſt, probet, & probando ſtabiliat intentionem ſuam: ſit autem actoris hanc probare, quovis tempore poſt litem conteſtatam: conficitur earum editionem quovis tempore deſiderari poſſe.

a diem referri in *L.* 33. *de recept. arb.* Idem 10. *Obſ.* 14. prælato die Græo ἐπαχθέντος falſi genus Et ita quoque repetita die exponit, in *d. L.* 3. *de fid. inſtr.* Goth. *ibid.* ac Alb Gentil. *de Diverſ. temp. appell. C.* 13. Repetitus, ait, idem qui relatus, præteritus pro præſenti adſumptus, *d. L.* 3. *&* *L.* 9. §. 3. *ad exhib.* *L.* 1. §. 7. *&* 8. *de itin. privat.* Ibid. Gentil. prælatum diem, hic & *L.* 28. *de falſ.* non tantum dici, ſi præteritus pro ſequenti adſumatur, ſed etſi ſequens pro præterito, ubi repetitus dici nequit, cum repetere ſit ex præterito. Et quidem Florentinam *praiato* in aliquibus etiam manuſcriptis reperi. Vulgarem autem *prolato* in pluribus & vetuſtioribus. Prolatus autem dies eſt prorogatus, & qui brevior fuerat, in longiorem productus, *L* 33 *de recept. arb.* *L.* 5. *Cod. de exact. trib.* Senec. *Herc. Furens.* *Act.* 1. *Sc.* 3.

Certo veniunt ordine Parcæ
Nulli iuſſo ceſſare licet
Nulli ſcriptum proferre diem.

A. Gentil. *d. C.* 13. Confer Ræv. ad *L.* 74. *de R. I.* Et ratio *d.* §. 2. ne quid excogitetur, ſeu ne quid falſi fiat, aut materia falſo fabricando præbeatur, ut *L.* 1. §. 6. *teſtam. quem aper.* immutata ſcilicet die, Cuiac. 3. *Obſ.* 7. Zoanoet. *ad Rub. Cod. hoc tit.* n. 7. Mynſ. *ad C.* 1. *de probat.* n. 38. Ac inſtrumentum quoque valet ſine die & Conſule, *L.* 34 §. 1. *de pig.* Anton. Fab *ad d* § 2. Et ita dies confecti inſtrumenti non edendus, ſi editio ad præparandum iudicium, vel ad deliberandum petitur, ſecus ſi probationis gratia petitur, vel ſit productio, Zoan. *d. loc.* n. 8. Anton. Fab. *Cod ſuo hoc tit. defin.* 2 Item ſi inſtrumentum quis falſi arguere velit, ita per *L. ope.* 13. *Cod de contr ſtip.* Oldend. Cl. 4. *Act.* 8 Q 6. n. 4. Mynſ. *d.* n 38. Quod tamen declarat & coarctat Zoanettus *d. loc.* n. 9 Dies autem in quem collata ſolutio, edendus, quia pars eſt ſtipulationis, *d. L* 1. §. 2 ſine quo tota edi non videretur, *L* 1. § *pen hoc tit* Quare ubi abſque die contractus vel inſtrumenti de hoc conſtare non poteſt, veluti ſi ita: *Infra* 7. *menſes ſolvam*, & illum edendum volunt, Zoan *d. loc.* n. 7. Pacian. *Lib.* 2. *de Probat.* C. 06. n. 70. qui de his (die & Conſule) plura *ibid.* n. 63 *&* *ſeqq.*

13) Ante litis exordium vero ſi quis ediderit, niſi poſt litem conteſtatam rurſus adverſario edat, nihil priori editione actum volunt, per *Cap. veniens*, 38 *de teſtib.* Zoan. *ad Rub. C. h. t.* n. 34. Nec editio ante cœptum iudicium conſultandi cauſa facta idem præſtat, niſi lite conteſtata rurſus iudicialiter producantur, & in vim probandi repetantur, Mynſ. *ad C.* 1. *de prob.* n. 41. Weſ. *Conſ* 3. n. 34. Vult. 1. *Diſcep. ſchol* 6 p. 63. Putat A Fab *ad L* 1. §. 3. *h. t.* editionem olim factam quoque apud Prætorem, eamque notari, *d. L.* 1 §. 3 non ut de facto cognoſceret, ſed ut ſciret, qua verborum conceptione formula dictanda & num addenda clauſula *ex bona fide*. Sed immo *d.* §. 3. de editione, quæ fit adverſario, non quæ vel pretori vel iudici loquitur. Ex quo non de facto cognoſcit prætor, cui bono hæc editio? Nam an bonæ fidei iudicium conſtituere debuerit inde ex ipſa intentione litigantium propoſita æſtimandum fuit. Edenda autem ſi palatio tota, *L.* 1. §. *pen. h. t.* id eſt totum inſtrumentum Cuiac 10. *Obſ.* 14. Quia hoc facit ad plenam ſententiam contractus eiuſque quod actum eſt, aſſequendam Facit *L.* 24. *de LL.* A. Fab. *ad d.* §. *pen.* Vulgo autem receptum eſt, ſi inſtrumentum plura capitula continet, iudici quidem totum id exhiberi, ut integrum legat, debere Adverſario autem inſpiciendi & deſcribendi poteſtatem fieri eius partis, de qua quæſtio, & ſi quæ connexa ſint capitula de eadem materia, per *C contingit* 5. *extra de fid inſtr.* & quia hoc ipſum totum habetur, quod petentis edi intereſt, ſeu ad cauſæ præſentis inſtructionem pertinet, *per L* 8. *pr* iunct. *L.* 10. §. 2. *h. t.* vid Old. Cl 1. *Act* 8. Q 6. Zoan *ad Rub. C. h. t.* n. 10. *&* *ſeqq.* Pacian. *Lib.* 1. *de Probat.* C. 66. n. 38. *&* *ſeqq.* Mynſ. *ad C.* 1. *de probat.* n. 34 *&* 2 *ſeqq.* *&* *ad C.* 5 *de fid. inſtr.* n. 7. *&* *ſeq.* Gail 1. *Obſ.* 106. n. 10. Wurmſer. *Tit.* 20. *Obſ.* 1. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat.* *ind* C. 48. n. 18. *&* *ſeqq* ubi n 20. id quod iudici totum ſit edendum catholicum non eſſe, nec ea *d* C. 5. probari monet. Itaque tradunt Legatario edi non totas tabulas, ſed partem, qua legatum continetur, per *L* 15. *pr. de reb. auct iud poſſ.* item eam, ex qua interpretatio legati ſumi poteſt, Zoan. *d* n 10. *&* *ſeq.* Mynſ. *ad d. C.* 5. n 10. *&* n 12 Quia vero editio ſit ſine die & Conſule, ut *h* C. N 12. inſert Cuiac. 10. *Obſ.* 14 initio edi exemplum, non proferri authenticum, & facit *L.* 11. *h t.* ubi Ant Fab collatum ut ſit id cum authographo requirit. Etſi ad probationis vim ipſum authenticum requiratur, *auth ſi quis.* C. *h. t.* Wultei. 1. *Diſc.* 6. p 63. Rosbach *Proceſſ* T. 36. n 29. Quando edendum originale vel apographum, ſcilicet copia, vide Pacian 1. *de Probat.* 66 n. 78. *&* *ſeqq.* Frider. *Lib.* 2. *de Mand iudic.* C. 48. n. 14 *&* *ſeqq.* Wurmſer. *Tit* 20. *Obſ.* 1. Rulant. *de Commiſſ.* P 2. *Lib.* 5. C. 18. Mynſ. *ad C.* 1. *de probat.* n. 43. *ac ſeq.* Confer. *idem* 6. *Obſ.* 73.

C A P. V I I.

Quarum rerum editio a reo exigatur.

Acta publica & inſtrumenta privata communia edere debet actore deſiderante reus. I.
Item rationes ſuas ex cauſſa: cauſſa talis unde ducatur. II.
Sine cauſſa rationes ſuas reus edere non cogendus. *Exponitur* L. ipſe diſpice 1. & L. qui aceuſare 4. C. de ed. III.
Contrariis occurritur: *ſimulque* L. & quæ 8. C. de ed. *illuſtratur*. IV. V.
Aditus ad Cap. ſeq. VI.

I. Videamus, nunquid ſit quod eodem exemplo deſiderante actore reus edere debeat, ad eum inſtruendum. Et quæ de actore conſtituta ſunt, eadem in reo, qui defenſione aut exceptione aliqua utitur, locum habent omnia. Petuntur decem mutuo: Reus ſe liberatum dicit, non tantum genus liberationis dicere debebit, veluti ſe ſolviſſe: ſed etiam omnia inſtrumenta edere, quibus in eam rem uſurus ſit: & præterea ſuas rationes etiam, quibus non ſit uſurus. Inſtrumenta autem iubetur edicto edere omnis qui iis in cauſſa uſurus eſt. *L.* 1. *§. ult. D. eod.* At, neque de exceptione edenda quidquam nominatim cautum eſt edicto, neque de rationibus a reo edendis ullum verbum eſt in Conſtitutionibus. Sed cum edictum & conſtitutiones eum qui agit, item actionem nominant: his [1] verbis ſatis reus, qui exceptione utitur comprehenditur: agit enim, qui utitur exceptione, & reus in exceptione actor eſt. *L.* 1. *D. de exc.* quod ſcripſit Ulpianus *Lib.* 4. ad edictum: quo ipſo libro ſcripſit ad eam partem edicti, quæ eſt de edendo: ut indicat inſcriptio. *L.* 1. *D. de except.* ut vel hinc appareat ſupra ſcriptam rationem ad interpretationem Edicti de edendo fuiſſe accommodatam, ut probaret, quod eo edicto de actore ſcriptum eſt, per omnia ad reum, a quo exceptio affertur pertinere. Et in actis publicis, itemque in inſtrumentis [2] communibus eadem huius, quæ actoris cauſſa eſt, ita qui ea apud ſe habeat, & inſtrumenta privata communia, itidem reus actori, ut actor reo exhibere debet: eſt enim utrumque eiuſdem rationis. *L.* 2. *L. procurator*, *D. de eden.* In privatis, quæ ipſius propria ſunt, cauſſa diſſimilis.

II. In quo fere ſolum quæritur de eius rationibus, an eas poſtulanti actori exhibere debeat. Non enim quærimus an exhibe-

1) Recte. Et ita Accurſ. *in L.* 1. *h. t.* voculam actionis largiſſime hic poni, ut exceptionem complectatur. Tametſi Cuiac. *Par. D. de exc.* Gæd. *in L.* 8. §. 1. *de V. S. n.* 3. appellatione actionis in hoc edicto nullam exceptionem contineri, per *d. L.* 8. §. 1. ac P. Fab. *ad L.* 92. *de R. I.* Quaſi exceptio ipſa non itidem actori, uti reo libellus actionis, edatur. Et ita Monach. *Pract. P.* 5. §. 6. *C.* 2. actionem & exceptionem præter alia natura & forma proponendi differre. Neque exceptionem neceſſario edi. Ac certe quæ ratio eſt edendæ actionis, (deliberatio rei) in exceptione ceſſat, *L.* 42. *in fin. de R. I.* Plane quin inſtrumenta, quibus exceptionem aut defenſionem ſuam fulcire vult reus, edenda ſint, non negat P. Fab. *d. loc.* Regula enim: Reus edere actori non cogitur, accipiatur oportet de iis inſtrumentis, quibus non uſurus. Sic enim in *L.* 4. *C. h. t.* ſpecies eſt, ubi non probante actore reus vult abſolvi, nihil ipſe præſtans, vid. Don. *ibid. n.* 2. Ut autem edat ea quibus uſurus, alia regula facit, *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* quæ generalis, ad reum quoque pertinens, Don. *ad L. ult. C. h. t. n.* 7. Menoch. *Arb. caſ.* 499. *n.* 71. Pacian. *Lib.* 1. *de Prob. C.* 63. *n.* 130. Mynſ. *ad C.* 1. *de probat. n.* 20. etſi, inquit, illud inſtrumentum in certis ſolum capitulis producat. Sed ibi una probare & edere cogitur capitula annexa non ſeparata, vid. Menoch. *d. loc. n.* 74. Quod vero hic Donellus in exceptione edendas quoque rationes Rei, quibus non uſurus, in eo uti alii alia omnia tradunt, qui nec in privatis rationes ab inſtrumentis aliis ſecernunt, ita ipſe hoc declarat *ad L. ult. Cod. h. t. n.* 7. & 8. quod ita cogatur eas edere, ſi excipiendo fateatur de intentione actoris. Tunc enim editio rationum, quæ exigitur a reo, non utique ad fundandam intentionem actoris ſpectat, quippe quæ confeſſione iam ſatis fundata eſt, ſed ut fide defenſionis conſtet. Secus eſt ſi inficiatione pariter & exceptione utatur reus, e. g. Nego te mutuo ro. dediſſe, & ſi dediſti, pacto aut ſolutione liberatus ſum. Hic non cogitur edere rationes, ne actorem adverſus ſe armet, ſi forte creditum in rationes retulerit, ſolutionem autem non item: adde *h. C. N.* 11. Reconventionis libellus ut a Reo actori edendus vid. Io. Pels *Proceſſ. Tit.* 25. *n.* 3. & *ſeq.*

2) Menoch. *Arb. Caſ.* 499. *n.* 76. Fr. Munnoz. *de Ratiocin. Cap.* 10. *n.* 25. & 32. Et quod teſtamenta inter heredes ac legatarios communia, Gail. 1. *Obſ.* 106. *n.* 5. Menoch. *d. Caſ.* 499. *n.* 80. Quæ dicantur & quot modis fiant communia inſtrumenta, Conſule Don. ad *L.* 7. *Cod. hoc tit.* Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 6. 4. *n.* 91. & *ſeqq.* & Rulant. *de Commiſſ. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 19. *n.* 6. Et ita dominus feudi & emphyteuſeos recte petit, edi a vaſallo vel emphyteuta libros conſcriptos, de rebus iſtis, ceu communes, vid. Menoch. *d. Caſ.* 499. *n.* 81. Rulant. *d. C.* 19. *n.* 9. Pacian. *Conſ.* 155 *n.* 12. & *n.* 28. *ac ſeq.* Atque hæc communia inſtrumenta rei vindicatione ac ad exhibendam actione peti poſſe, cum & pro parte meum vindicari queat, Donell. ad *d. L.* 7. *n.* 6. vid. Pacian. 1. *de Probat.* 63. *n.* 142. & *ſeq.* & *C.* 66. *n.* 29. Edenda quoque volunt cum veroſimile vel præſumptio eſt, quod ſint communia. Plerumque enim inſtrumenta communia apud digniorem, & in loco magis ſecuro reponi ſolent, iuxta *L.* 4. §. *ult. L.* 5. *Fam. erciſcund.* Meichſner. *Tomo* 3. *Deciſ. Cam.* 13. *n.* 228. In duplicibus quoque iudiciis, cum uterque ſint actor & reus mutuo ſibi edere debent, etſi rationes alterius propriæ. ut *L.* 8. *pr. Famil. erciſcund.* ut Gilken. *ad L.* 1. *Cod. h. t. n.* 18. Zoanett. *ibid. n.* 42. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 63. *n.* 129. Menoch. *d. Caſ.* 499. *n.* 85. Frider. 2. *de Mand. iudic.* 48. *n.* 10.

Digitized by Google

hibere debeat exceptionem, qui hac non utitur: an debeat exhibere inſtrumenta, quibus uſurus ſit; a quo nulla probatio exigitur cum neget. *L. 2. D. de prob. L. actor. C. eod.* inſtrumenta autem alia ne actor quidem reo exhibere cogitur. *L. 1 §. edenda, D. eod.* Sed ut actor rationes ſuas debet edere, etiam ſi his uſurus non ſit: ita eodem exemplo æquitatis moti non temere dixerimus reum contra rationes ſuas actori edere debere. Et de eo ita ſcriptum eſt in [3] *L. 1. C. eod.* ut reus rationes ſuas exhibeat *ex cauſſa ad officium iudicis pertinere*. Ergo ſi cauſſa eſt, hoc tribuitur poſtulanti actori, ut ei etiam rei rationes exhibeantur; ſi non eſt cauſſa, fruſtra id deſiderat. Cauſſæ [4] id deſiderandi partim ex conditione actoris, ſi delator eſt, qui quid nuntiat fiſco ex cauſſis *L. 1. D. de iur. fiſc.* comprehenſis. Huic reus iubetur non rationes ſuas tantum: ſed etiam inſtrumenta ad cauſſam fiſci pertinentia exhibere. *L. 2. §. 1. D. de iure fiſci.* Præterquam ſi de [5] capitali cauſſa agatur. *L. ſenatus, D. eod.* Ex conditione & perſona rei, ſi eſt argentarius, cum quo agitur, & rationes ad actorem pertinent, a quo id deſiderari poteſt, non tantum ſi agat, aut cum eo agatur: ſed etiam ſi nihil nobis cum eo ſit negotii, ultro cum eo eſt actio nominatim edicto de edendo a prætore conſtituta. *L. prætor, D. de ed.* in eadem cauſſa eſt argentarii [6] heres. *L. quædam, §. nihil, D. eod.* Eaque pars eſt edicti, quæ præcipue ſub Titulo *de edendo* explicatur in Digeſtis. De qua nihil neceſſe eſt plura verba hoc loco facere, ſive quod res ex eo titulo facile poſſit intelligi, ſive quod [7] horum hodie nullus ſit uſus; niſi quis forte eos cum [8] Notariis noſtris comparet. Eiuſdem iuris eſt omnis,

3) In quo reſcripto negatur editio actori, & hæc eius ſententia: Non niſi ea cauſſa ſit editio a reo. At in præſenti cauſſa non ſubeſt. Ergo. Donell. *ibid. n. 2. & 7.* Qui errare DD. vulgo oſtendit, qui aliter accipiunt indeque mire digladiantur, quomodo mulier argentaria eſſe poſſit, cum tamen *d. L. 2.* de argentaria non loquatur. Et ſi omnino deciſio affirmativa foret, deberet accipi de muliere, herede argentarii, cum Accurſ. Donell. *d. n. 7.* vid Fachin. 11. *Controv.* 85. Petr. Aldobrandin. *Interpr. d. L. 1.* pro Ludov. Cato adverſus Marium Arcadem, qui longe aliter exponit. Quaſi deciſio quidem negativa ſit, ſed hoc ſenſu: *Ex cauſſa*, id eſt, ordinarie quidem & regulariter ſit ab argentario editio, quoties ſcilicet cauſſa ea aut negocium, in quo ultro citroque dandi & accipiendi negotiatio, *L. 6. §. 3. h. t.* Tale autem non eſt depoſitum *d. L. 1.* quod unica datione conſiſtit. Ergo ab argentaria non edendum perinde atque nec pignus vel mandatum *d. §. 3.* Alii ex verbis *d. L. 1. ex cauſſa ad officium*, &c. colligunt, quod certis caſibus iudicis officio reus edere cogatur, etiam non petente adverſario, Quos refert Aſin *de Exſecut. §. 3. C. 94 ac ſeq. ac C. 217. & ſeq.* Aliter ea verba exponit Menoch *d. Caſ.* 499. *n.* 3. & 4.

4) Volgo DD. longe plores exceptiones tradunt, quas congeſſere Zoan. & Gilken. *ad d. L. 1. Cod. h. t.* Mynſ. *ad C. 1. de probat. n. 12. & ſeqq.* Frider. 2. *de Mand. ind.* 48. *n.* 10. Rulant. *de Commiſſar. P. 2. Lib. 5. C.* 19. pluribus Menoch. *Arb. Caſ.* 499. Et Valaſc. *Iur. emphyt. Q.* 8. *n.* 6. ſcribit Socinum tot fallentias regulæ negativæ proferre, ut ſatius foret, regulam affirmate concipere & pauciores caſus excipere. Et tamen regula negativa diſertis LL. verbis prodita eſt.

5) Et ita accip. *L. 3. D. h. t.* ubi quæ edere debeat reus fiſco tractatur, non quando. Et quando ex cauſſa civili agit fiſcus, damnum evitare ſatagit. Nec idem Privilegium illi, ſi ad lucrum & pœnam agit, ne & tunc turpitudinem ipſe ſuam Reus detegere teneatur, Bronch. 2. *Aſſ.* 94. Quomodo inter cauſſas civiles & criminales diſtinguit Don. *ad L. 1. C. h. n.* 3. Zoan. *ib. n.* 13. Iaſ. *n.* 8. Cagnol. *n.* 65. *& ſeqq.* (qui generalius in cauſſa lucrativa hoc Privilegium fiſco negare videtur) Gilken. *n* 8. Mynſ. *ad C. 1. de probat. n.* 12. Gail. 1. *Obſ.* 116. *n.* 11. Menoch. *Caſ.* 499. *n.* 43. Qui de hoc fiſci privilegio latius inquirit, ut & Cagnol. *d. loc.* Bron. *d. Aſſ.* 94 Rulant. *de Commiſſ. P. 2. Lib. 5. C* 19. *n. 7. & ſeqq.* (ubi inquirit, an idem in iis qui cauſſam vel ius habent a fiſco) Pacian. *Lib. 1. de Probat. C. 63. n. 46. & ſeq.* Produci hoc privilegium fiſci ſolet ad cauſas eccleſiæ aliuſque piæ cauſæ, matrimonii, dotis, alimentorum, libertatis, miſerabilium perſonarum, Studioſorum, quaſvis denique favorabiles. De quibus conſule Zoan. *ad d. L. 1. n. 16. & 3. ſeqq.* Gilken. *d. n.* 8. Mynſ. *d. n.* 12. Menoch. *d. Caſ.* 499. *n. 46. & 7. ſeqq.* Rulant. *d. C.* 19. *n.* 11. Pacian. *d. loc. n. 47. & ſeqq.* Ac in ſpecie, quod favore piæ cauſſæ reus edere teneatur, Tiraq *Priv.* 155. Quod item Studioſo actori edendum ſit ab adverſario, Hont. Luc. *Privil. ſchol.* 75 Rebuff. *Privil. ſcholar.* 116 Eberh. Speckhan. *Cent. 2. Cl. 1. Q.* 14. *n.* 7.

6) *L. 6. §. 1. hoc tit.* Et qui ab iis ius ceſſum habent, per ea quæ A. Fab. *C. ſu hoc tit. deſin.* 17. vid Old. *Cl. 1. Act.* 8 *Quæſt.* 5 Et hi quidem, ratione officii publici, etiam tertio edere cogebantur, *L 10. pr hoc tit. & ſimil* Ac Cuiac. 10 *Obſ* 14. duo edicta propoſita fuiſſe cenſet: (1) quo iubetur actor reo edere, (2) quo argentarius rationes cuique ſuas. Inde Muret. *Obſ. iur C.* 9. verbis edicti *L. 4. pr. h. t.* voculam *cuique* interſerit legens: *rationem cuique; &c.*

7) De argentariis eorumque officio ac fide abunde tractatum reperies apud Cuiac 10. *Obſ.* 14. *ad L. 27. pr. de pact & ad Nov* 136. P. Fab 2. *Semeſtr. 15. pag. 243. & ſeqq.* P. Nann. 2. *Miſc.* 10. Revard 2. *Var.* 15. P. Aldobrandin. *Interpret. L. 2. Cod. hoc tit.* Cagnol *ad d. L. 1. n. 78. & ſequentib.* Ant. ab Haetſolte. *Adverſar Act.* 14. *n. 17. & 2. ſequentib.* Henric Salmuth. *ad Pancirol Lib. 1. C. 18. pag.* 100. Menoch. *Arb caſ.* 91. Fr Munnoz. *de Ratiocin. C.* 11 Speckhan *Cent. 1. Quæſt.* 68 Alio ſenſu argentarii in *L. 1. Cod de excuſat. artif* qui ſignant argentum. Et ita Argentarius pro fabro, qui operatur de argento, Iul. Firmic. *Lib. 3. C.* 4. Lamprid. *in Alex.* Serv. 1. *Æn.* Iſidor. *Lib. 19 C.* 7. citante Io. Savarone *in Comm. ad Sidon. Lib. 4. Epiſt.* 8

8) Ad quos hoc produci vulgo obtinuit, teſte Mynſ. *ad C. 1. de probat. n.* 15. Oldendorp. *Cl. 2. Act. 8. pag.* 88. Aſin. *de Exſec. §. 3. C. 95 n.* 1. (volens pauperi ſine mercede ab his edendum eſſe, A. Fab. *C. ſuo h. t. deſin.* 3. Gail 1. *Obſ.* 106. Pacian. *Lib. 1 de Probat. C. 64 n. 5. & ſeqq.* Fr. Pfeil. *Conſ. 174. Volum.* 2. requirens ad hoc (1) ut contineat inſtrumentum utilitatem petentis editionem (2) ut eo mandante confectum ſit. Nam & alias ut quis muneris publici ratione edat, veluti argentarius, receptius eſt duo requiri, & ut petens editionem mandaverit inſtrumentum conſcribi, & ut de re ſua agatur, per *L. 6. §. 5. hoc tit* vid Menoch. *caſ. 499. n. 15 & ſeqq.* (ubi docet ſufficere præſumptione mandati, ut & Gilken. *ad L. 1. Cod. h. tit. n. 7. per L 60. de R. I. L ult. C. de fideiuſſ.*) Moller. 5. *Semeſtr.* 87. Fachin. 11. *Contr.* 84. Pacian. *Lib. 1. de Probat. C. 63. n. 1 & ſequentib & C. 64. n 31. & ſeqq.* Cuiac. 10. *Obſ.* 14 Cagnol *ad L. 1. Cod. hoc tit. n. 34. & ſeqq.* vid tamen Gail 1 *Obſ.* 106. *n. 1 & 2.* Sunt qui mercatores ad inſtar argentariorum hac neceſſitate obſtringi volunt, ut Bart. & alii relati a Menoc. *d. lo. n* 37. communem teſtante, ac probat Zoan. *ad L. 1. C. h t. n. 8 & 2. ſeqq.* Munnoz. *de Ratiocin. C. 10. n.* 25. Verum cum non æque hodie Mercatura, uti olim Argentaria, publicam cauſſam fidemque habeat, id reprobant Don. *ad d. L. 1. n.* 4. Bover. *Stag.* 32. *n.* 1. Menoch. *d. loc.*

omnis, qui res alienas adminiſtravit, procurator, tutor, ſocius, qui ſocietatis negotia geſſit, & ſimiles, qui 9 omnes rationes geſtus ſui conficere, & domino aut ſocio petenti edere, & rationem reddere debent. *d. L. quædam, C. eod.*

III. Quod ſi privatus cum privato agat non ex adminiſtratione negotiorum ſuorum, & rationes adverſarii ſibi exhiberi deſideret, conſtitutum eſt, eas illum edere non cogendum: quæ ſententia eſt *d. L. C.* eod. *Ipſe diſpice*, ait Antoninus, *quemadmodum pecuniam, quam te depoſuiſſe dicis, deberi tibi probes. Nam quod deſideras, ut rationes ſuas adverſaria tua exhibeat, id ex cauſſa ad officium iudicis ſolet pertinere*. Hoc perinde eſt, quaſi diceret, Quod deſideras de rationibus adverſariæ, non impetrabis. Ut enim reus actori cogatur rationes ſuas exhibere, pertinet id quidem ad officium iudicis; ſed ex cauſſa: quæ cauſſa in propoſito nulla eſt. Ut merito dicat actori providendum quomodo aliter de re doceat: cum

tit. n. 38. Fachinæ. 11. *Contr.* 89. A. Fab. *ad L.* 10. §. 1, *h. t.* quia nec Romæ eodem tempore, quo argentarii erant, deerant mercatores. Nec de iis quidquam vel Prætor edixit, vel Conſulti dixerunt. Sed & qui diſſentiunt concluſionem ſuam reſtringunt ad libros rationum, quos palam in officinis habent. Secus in iis, quos domi ſecreto habent, pro ſua inſtructione, Menoch. *ibid. n.* 39. Zoan. *d. loc. n.* 31. Pacian. *d. C.* 63. *n.* 12. Gilken. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 6, cum primis hic ſequendum monet, quod in regione, in qua actum eſt, frequentatur. Quod ſi mos regionis non appareat, tunc ſpectandum, an libri illi fidem aliquam pro ſcribente faciant. Eoque caſu edendos, cum id familiare ſit mercantibus fide interpoſita, ut rationibus id adſcribi curent. Iure Canonico quoque actori edere tenetur reus odio perſonæ, ſi fœnerator vel uſurarius, ſi & de uſuris exactis, ſeu ad earum reſtitutionem agatur. Qui mediante cenſura eccleſiaſtica rationes ſuas edere compelliiur ut poſſit convinci de uſuraria pravitate, *Clem.* 1. §. *cæterum de uſur.* De quo & num pariter Iudæus fœnerator teneatur, vid. Zoan. *ad L.* 1. *C. hoc tit. n.* 20. *& ſeq.* Cagnol. *ibid. n.* 69. Mynſ. *ad C.* 1. *de Probat. n.* 13. Menoch. *d. C.* 4. 99. *n.* 21. *& ſequentib.* Raudenſ. *Deciſ.* 7. *n.* 60. *& ſequentib.* Carbon. *Pract. Lib.* 3. *C.* 3. *n.* 7. Rulant. *de Commiſſ. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 19. *n.* 12. *&* 13. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. Cap.* 63. *& ſequentib.* Fachinæ. 11. *Con.* 87. Quod ad nautas, caupones ac ſtabularios protrahunt, argum. *L.* 1. §. 1. *Nauta, caup.* Menoch. *d. loc. n.* 26. Mynſ. *d. n.* 13. Sed id diſplicet Zoanetto *d. loc. n.* 31. & Fachinæ. 11. *Controv.* 88. tum quod horum ars non illicita ut fœneratitia, tum quod ratio *d.* §. *cæterum*, quæ in uſurariis, quod clam & ſecreto contractus ineant, in his ceſſet. De publicanis idem docent relati a Menoch. *d. n.* 62. & probat Mynſ. *d. lo.* Gail. 1. *Obſ.* 106. *n.* 13. Pacian. *d. Cap.* 63. *n.* 89. *& ſeqq.* quod male de iis LL. ſuſpicentur *L.* 12. *de Publica.* (ob fraudes eorum conſuetas, de quibus Duar. *ad eum tit. D. C.* 1. Tiraq. *de Nobil. C.* 34. *n.* 32. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 19. Rad. Forner. 6. *Rer. quotid.* 12.) Contra Zoan. *ad d. L.* 1. *n.* 28. *& ſeqq.* quia Publicanus non eo ipſo peccat quod hoc officium gerit. Quin honeſtus olim & ſplendidus eorum ordo, vid. Tiraquel. *d. Cap.* 34. *n.* 33. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. iur. civil. Rom. C.* 4. Hering. *de Fideiuſſ. C.* 5. *n.* 311. *& ſeqq.* Attamen Menoch. *d. n.* 26. priorem opinionem ita admittit, ſi de eo ipſo lis contra Publicanum, quod male in munere ſuo verſatus, plus æquo exegerit. Hæreſeos quoque reum teneri edere libros ſuſpectos, Menoch, *d. loc. n.* 25. & Ioan Nicola. Arelatenſis *Tr. de Hæretic. Notab.* 21. *n.* 2. (habetur *Tomo* 2. *Pran. rer. triminal.* Franc. Modii.) Et alias quoque ſæpe in criminalibus domus reorum, inquiſitorum iuſſu improviſo perquiruntur, num litteræ aliave ad convincendum reum reperiri queant, vid. Tranquill. Ambroſin. *Lib.* 1. *Proceſſ. informativi C.* 5. Iſtis vero caſibus, rationibus Rei editis, convinci poteſt reus ab actore, ut fides illis contra auctorem habeatur, quia non eſt veriſimile, quod quis contra ſe falſo ſcribat, etſi pro eo non probent, *L.* 7. *C. de prob.* Cagnol. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 18. Donell. *ad d. L.* 1. *n.* 6. *& ad L.* 5. *n.* 1. Nec obſtat quod nuda ratio non faciat debitorem, *L. nuda* 26. *de donat.* Etſi enim ipſa non faciat cum non ſit ex cauſis obligationem parientibus, tamen cum in rationes relatum eſt ex aliqua cauſſa deberi (ex. gr. mutui) fides huius cauſſæ adverſus debitorem peti poteſt, Donell. *d. n.* 6. A. Fab. *ad L.* 4. §. 1. *h. t.* Aliud enim eſt conſtituere, aliud vere debiti, aut ſoluti adſerre probationem, Donell. *ad d. L.* 5. *C. h. t. n.* 2. Quando tamen actor tali libro rationum edito utitur pro ſe, tenetur quoque acceptare contra ſe, in capitulis connexis, arg. *L. Cum* 11. §. 1. *de uſur. L.* 16. *in fin. de adminiſtr. tut.* Cagnol. *ad d. L.* 1. *n.* 20. Edenda autem ratio a capite, nam ni inſpiciatur, ſcilicet ita (in manuſcripto veteri notat Hot. 8. *Obſ.* 15. legi *ratio niſi a capite, &c.* Sed parum refert) intelligi non poteſt, non tamen ut totus Codex, ſed ea pars rationum, quæ ad inſtruendum pertinet, inſpiciatur & deſcribatur, *L.* 10. §. 2. *h. t.* Cagnol. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 33. Sed hoc in argentario, qui plurium rationes uno libro complexus eſt, quod & in mercatorum libris locum inveniet, vid. Frideric. *Lib.* 2. *de mand. iud. Cap.* 49. *n.* 11. *&* 12. In iudiciis autem generalibus; tutelæ, pro ſocio, ſolemne eſt totum librum rationum edi, *L. Lucius* 46. §. 5. *de adminiſtr. tut.* Cuiac. *Conſul.* 29. addantur notata *Cap. præced. N.* 13.

9) Vid. Zoanett. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 33. *& ſequent.* Munnoz. *de Ratiociniis adminiſtr. Cap.* 10. & paſſim Frider. 2. *de Mandat. iud. Cap.* 49. Sed hi tenentur propriis actionibus *d. L.* 9. *pr.* vid. Cuiac. 10. *Obſ.* 14. Donell. *ad L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 9. Gœd. *ad L.* 89. §. *ultim. de Verb. Sig. n.* 4. fuſe ac ſingulatim Rulant. *de Commiſſar. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 17. *n.* 7. *& ſeqq.* Alii vero, quibus ex edicto edendi neceſſitas, metu actionis in factum, *d. L.* 9. *pr.* Prius enim officium iudicis imploratur, qui re ſummatim cognita edi iubet. Et ſi non pareat iuſſus, tunc demum actio in factum, Mynſ. *ad C.* 1. *de probat. n.* 29. *& ſeq.* Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 8. Q. 4. Gœd. *d. n.* 4. Carbon. *Pract. Lib.* 3. *C.* 3. *n.* 22. & plures citati a Rulant. *P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 17. *n.* 5. Meiſch. *Tom.* 3. *Deciſ. Cam.* 24. Quam opinionem communem propugnant Bellon. 2. *Suppat.* 11. *n.* 2. *&* 4. & Fachin. 11. *Contr.* 90. etſi Bellonum refellere nitatur Zoan. *ad Rub. C. h. t. n.* 21. *& ſeqq.* in id quod interfuit, *L.* 6. §. 4. *h. t.* tunc eum decerneretur, non quod hodie intereſt *L.* 8. §. 1. *h. t.* Quod explicatur *L.* 10. §. *ult. h. t.* Quod intereſſe vere probandum *d.* §. *ult.* non iusiurandum in litem, Bellon. *d. n.* 3. Dices. At quomodo probari poteſt quod interſit, niſi probato debito. Quod ſi poteſt aliunde probari debitum, ſupervacua fuit editio, ideoque impunis recuſatio. Reſp. eſt in *d.* §. *ult.* ſi ob non edita inſtrumenta rem amiſimus, poteſt eſſe ut poſtea, undecunque illa nacti, vel aliis probationibus quibus antea caruimus, iſtud probemus, Don. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 8 Officii autem iudicis implorationi ſubnecti poſſe ſub conditione, ſi non ediderit actionem hanc, & eodem libello proponi, Myn. *ad d. C.* 1. *n.* 32. Obiic. At cur argentarius non tenetur mandati, cum non edat, niſi rationes quas mandante eo tractavit, qui edi petit. Reſp. Cuiac. 10. *Obſ.* 14. Mandati actione non tenetur omnis, cui mandatum eſt, ſed Procurator, qui aliena negocia adminiſtravit. Conſcribere autem rationes non eſt adminiſtrare negotia. Vereor ut appoſite, Plane ſi ſuſcepto mandato argentarius rationem non conſcripſerit, mandati tenetur, quanti rationem ſcriptam eſſe intereſt, P. Aldobrand. *in L.* 1. *C. h. t. pag.* 12. Aliam quoque hic pœnam in poteſtate iudicis eſſe vult Donell. *d. n.* 8. ut iuſſus edere detrectans habeatur pro convicto, per *L.* 2. §. 1. *de iur. fiſc.* iunct. *L.* 20. *in fin. C. de probat.* Sed & in uſu ſunt mandata compulſorialia pro editione, de quibus Frid. 2. *de Mand. iudic.* 47. *& ſeq.* Rulant. *de Commiſſ. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 17. *n.* 12. *& ſeqq.* Quibus caſibus alius privatus, qui nec agit, nec convenitur, edere compellatur, vid. Frid. 2. *de Mand. iudic.* 48. *n.* 11. Pacian. 1. *de Prob.* 66. *n.* 85. Mynſ. *ad d. C.* 1. *de probat. n.* 26. *&* 2. *ſeqq.* Moller. 5. *Semeſtr.* 87.

cum futurum ſit, ut illo non probante reus abſolvatur. *L. qui accuſare, C. eod.* Et recte innuit in propoſito nullam eſſe cauſſam cur adverſaria cogatur edere ſuas rationes. Nam & qui deſiderat rationes ſibi edi, privatus eſt, non fiſcus: & qui ad hoc officium vocatur, reus eſt, non actor: & is reus, qui non ſit argentarius. Mulier enim eſt, cum qua agitur. Mulier argentarii officio fungi non poteſt. *L. penul. D. eod.* Sed nec tanquam cum herede argentarii agitur. Cauſſa autem petendi ex depoſito nominatim, non ex adminiſtratione. Poſtremo quæ rationes deſiderantur, eæ ſunt eius propriæ, quæ convenitur. Quapropter nihil eſt in propoſita ſpecie, cur adverſaria actori rationes ſuas exhibere cogatur. Ex quo recte ita definiemus: Nulli actori privato reus privatus rationes ſuas proprias cogendus eſt edere.

IV. Cuius iuris redditur ratio alio reſcripto eiuſdem tituli; nempe *L.* 4. diceret enim aliquis, At iniquum eſt, reum rationes ſuas actori non edere: cum rationibus eius inſpectis veri fides poſſit conſtare, & ſtatim ab omni lite diſcedi. Eſt boni iudicis verum inquirere ac tueri: & probationum facultas anguſtari non debet. *L. quoniam*, in fin. *C. de hær. & Manich.* tum quæcumque facultas detur, lites minuere. *L. iudices, C. de iud. L. quidam, D. ſi cer. pet.* Imo, inquit [10] eo reſcripto Antoninus, *neque iuris, neque æquitatis ratio permittit, ut alienorum inſtrumentorum inſpiciendorum poteſtas fieri debeat.* Non iuris: ut quod contra conſtitutum erat, & iam olim ſemper obtinuerat. Non æquitatis, ideſt, æqui boni, & iuris naturæ, ſeu gentium. *L. penult. D. de iuſt. & iur.* duabus de cauſſis. Primum quia ita lex ſit naturæ, unumquemque moderatorem eſſe debere & arbitrum rei ſuæ. *L. in re mandata, C. man.* Deinde, quia & hæc alia ſit lex eiuſdem naturæ, Neminem alteri incommodare debere. *L. ſolvendo, D. de nego. geſt.* Qua eadem lege multo magis in nos ipſos iniurii eſſe, noſque lædere prohibemur. Lædit autem ſe qui rationes ſuas, quibus vincatur adverſario edit: ideſt, arma in ſeſe adverſario ſubminiſtrat. Quod ipſum nimis grave eſt. Ut eſt in *L. nimis, C. de teſtib.* Nimis: quia bis grave & quod perit qui id faciat, & quod perit eius opera, per quem maxime ipſum ſalvum eſſe oportebat, ideſt ſua. Ut non minus vere, quam concinne & eleganter illud dictum ſit a vetere poeta

Interimitur bis, qui ſuis armis perit.

Iudex quidem verum tueri debet: ſed cognitum. Inquiret in hoc ipſum, ut id cognoſcat: ſed honeſtis, & legitimis rationibus, non ut reo iniuriam faciat, eique ius de re ſua ſtatuendi, ut velit, adimat. Neque vero cum reum rationes ſuas exhibere non coget: idcirco lites non minuet iudex. Augeret potius ſi hanc editionem illi imperaret: cum ſecundum regulam iuris; actore non probante ſtatim litis finis eſſe potuerit: debuit enim abſolvi. Sed enim dicat rurſum quiſpiam: non ſit æquum fortaſſe, reum rationes ſuas in ſe exhibere, ut ipſi noceant; at ſaltem æquum ob id eum edere, ut ſe ſuſpicione liberet, & probet ſe nihil accepiſſe. Quod fiet, cum oſtendit nihil ſe de eo retuliſſe in rationes ſuas. Huic obiectioni tacitæ occurrit Antoninus ea ratione, quam in extremo ſuperioris reſcripti poſuit & quam paulo ante retulimus. *Actore enim*, inquit, *non probante, qui convenitur, etſi nihil ipſe præſtat, obtinebit.* Hoc enim voluit intelligi, nullo modo eſſe æquum reum rationes ſuas exhibere; non dico ſi ipſi noceant: ſed ne tum quidem, ſi ipſum adiuvent. Nam etſi faciant pro eo: tamen de ſe nihil cogitur probare, ſatiſque eſt ad eius defenſionem, quod actor nihil probat.

V. Sed de æquitatis ratione, quam dicit Antoninus, minus potuit dubitari: at

iuris

10) *L.* 10. §. 4. *de* QQ. *C.* 1. *contra de probat.* Adhæc iniquum arcana domus aliis prodere cogi, quæ his rationibus contineri poſſunt, nec temere publicanda. Alias hinc ſæpe cavillandi occaſio non veritatis indagandæ præberetur. Poſſet & quis vel ideo calumnioſam actionem intendere, ut arcana ædium alterius ſcrutetur, Gilk ad *L.* 1. *C. h. tit. n.* 23 *&* *ad L. ult. n.* 2. Equidem iniquum eſſet hoc negare actori, ſi conſtaret rationibus Rei ſcriptum, quod debeat At quia de eo non conſtat, iniquum foret, ſi ſua alteri communicare cogeretur invitus, Don. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 9. ut & hoc iuri adverſum, ut actore non probante reus quidquam præſtet, *L.* 4. *C. h. tit.* ubi Don. *n* 4 Plane ſi inſtrumentum ſubtractum reo ab alio, bona fide ad creditorem, etſi per manus furis, pervenerit, ea eo recte agi iudicatum refert, licet aliud ſit, ſi ipſe ſubtraxerit, A. Fab. *C. ſuo h. tit. deſin.* 9. Oblic. Atqui reus tenetur reſpondere poſitionibus, *C.* 2. *de confeſſ in* 6 *Clem ſæpe* 2 §. *quia de V. S.* & ita adigitur, ut ſua ſe voce impugnet. Reſp. Plane Poſitionum uſum poſt inſtructum iudicium conſuetudo, non ratio iuris defendit, ut Mynſ. *ad C.* 1 *de Probat. n.* 10 & Gilken. *ad L.* 1. *Cod. h. t. n.* 21. Zoanett. *ibid. n.* 5. & Cagnol. *n.* 18. fac Schult. alios citans *Obſ. forenſ.* 4 *n.* 19. (idemque in foro Saxoniæ contrario uſu ſublatus poſt Fachſ. *Diff.* 48. Schult. *d. Obſ* 4. *n.* 10. *& ſeqq.*) Non tamen ideo hoc ius correctum, ceu correcta ratione ut olim Cur referente Cagnol. *d. loc. n.* 27. & nuperius Io. Bapt Plot. *de in lit. iur* § 23. *n.* 5. Neque enim obſcuræ inter hæc duo differentiæ quas exponunt Zoan. *ibid n.* 4. Gilken & Mynſ. *dd. loc.* Cagnol. *in d. L.* 1. *n.* 35. *& ſeqq.* Fachin. 11. *Contr.* 83.

Digitized by Google

iuris ratio cum ea ſententia pugnare videbatur. Conſtitutum eſt enim actorem deſiderante reo rationes ſuas exhibere debere, idque eo, ut fides rei geſtæ conſtare poſſit. *L. non eſt, C. eod.* Cur non iſta ratione & reus actori ſuas edere cogatur? Et ne qua hic etiam de iure ſupereſſet dubitatio, huic obiectioni ex profeſſo reſponſum eſt ab Alexandro alio reſcripto nempe *L. ult. C. eod.* ubi ratio [11] differentiæ reddita eſt, ad hanc ſententiam: Recte deſiderari ab actore, ut is rationes ſuas edat reo: quia dolo faciet, niſi edat. Non recte item deſiderari, ut reus edat ſuas actori; quia etſi non edat, nihil tamen dolo faciat. Dolo facere actorem, qui rationes ſuas recuſet edere, probatur hac ratione, quod non debeat recuſare id edere, quo ſe poſſe inſtruere confidit, cum præſertim ipſe intentionem ſuam probare debeat. Quid tamen, ſi ideo recuſet edere rationes, quia contra eum faciunt, & reum liberant? Nihil de eo dixit Imperator, ſed eo prætermiſit, quia ſi rationes contra eum faciunt tanto magis dolo facit, quod petit ab eo, qui nihil debuit. Utroque igitur modo facit dolo actor, quod rationes ſuas non edit, ſive pro eo faciunt, ſive contra eum. At nihil dolo facit reus, qui ſuas non exhibet: *quia*, inquit, *non oportet originem petitionis ex inſtrumento eius, qui convenitur fundari*. Quaſi diceret: etsi rationes eius contra ipſum facerent: tamen ideo eas exhibere non debet, quia non debet fundare petitionem actoris adverſus ſe. *d. L. qui accuſare, eod.* Non dixit, quid facere deberet reus, si rationes pro eo faciant. Quoniam ſi hoc fit, multo minus eas debet exhibere: cum de iure ſuo docere non cogatur: ſed abſolvatur, ſi actor non probet.

VI. Nunc quoniam, quod de publicis actis dixi initio huius capitis, obſcurius ſcriptum eſt in *L. 2. C. eod.* idcirco placuit eius legis interpretationem ſubiicere.

CAP.

11) De hoc fuſe Don. noſter *ad d. L. ult. n. 2. & ſeqq.* Summa hæc: Ratio differentiæ duplex innuitur *d. L. ult.* (1) a fine perſonarum actoris & rei. Hic coactus petit ſibi edi, non ad lædendum, ſed ad tuendum ſe & muniendum. Naturalis autem pro laborantibus favor, Quintil. *Lib. 4. C. 1. L. 47. de O. & A.* (ita idem ad *L. 4. C. de fid. inſtr. n. 9.* Actor poſtulans editionem, id agit ut reo negotium faceſſat; Reus vero, ne ſibi negotium iniuſte faceſſatur) (2) a dolo, qui eſt in actore editionem negante, non in reo. Et hæc ratio præcipua. Obiic. Quomodo in dolo actor, dum rationes ſuas retinet. Immo iure ſuo utitur, tum quia dominus eſt. Ergo per *L. 21. C. Mand.* tum ne cogatur ſe lædere. Reſp. Don. *n. 4.* Dolus ita arguitur, quod facit contra id, quod recipit agendo, dum affirmat verum eſſe quod intendit, eiuſque probationem ſuſcepit. Quo ipſo nihil, unde de re controverſa conſtare queat, reiicit, alias intentioni ipſe ſuæ adverſabitur. Deinde cum, exempli gratia, qui petit 10. ex mutuo, reum excipientem, exempli gratia, ſe ſolviſſe, non audit, exigit veritatem defenſionis a reo. Eam igitur ipſeque in intentione ſua præſtet, ut nihil omnino recuſet, ex quo fides veri habeatur, quod quidem ſibi ſuſpectum non ſit. Rationes autem propriæ ut ſint ſuſpectæ, eſſe non poteſt. At, dicis, domini eſt de re ſua ut vult ſtatuere. Reſp. Recte, niſi facto ſuo id amiſeris. Ita hic facto ſuo, agendo, edendi neceſſitatem ſibi actor impoſuit. Alia ratio Rei, quia is negando onus probandi non ſuſcepit, ſed removit. Cæterum cum *d. L. ult.* non oportere originem petitionis fundari inſtrumentis Rei dicat, cumque in exceptionem reo quoque edendi neceſſitas, ſit ut *h. C. N. 1.* hinc noſtri inquirunt, an ut actor ad exceptionem, ita quoque reus excipiens ad replicationem fundandam edere teneatur? Quod Bart. & DD. vulgo, Bover. *Sing. 32. n. 3. & n. 9.* Menoch. *Arb. caſ.* 499. *n.* 86. P. Fab. *ad L. 92. de R. I. pag.* 422. Pacian *Lib. 1. de Probat. Cap. 63. n. 115. & ſeqq.* affirmant; quin & nonnulli ad triplicationem producunt, Oldend. *Cl. 1. Act.* 8. *pag.* 86. Mynſ. *ad C. 1. exer. de probat. n.* 19. & quos refert Gilken. *ad L. ult. Cod. hoc t. n.* 10. hoc confirmans 5. rationibus *n. 13. & ſeqq.* ubi receptiorem æquiorem hanc opinionem eſſe ſtatuit: Nituntur præcipue verbis *d. L. ult.* originem petitionis itemque *L. pen. §. ult. ad L. Falcid.* & quod æque non potuerit divinare actor, quæ replicatio ſibi obiicienda, nec de eo ſe mature inſtruere. Negat autem Don. *ad d. L. ult. n.* 9. poſt Fulgoſ. *ib. n.* 3. & Salicet. *n.* 9. (1) Per eadem verba: *originem petitionis*. Quorſum enim replicatio, niſi ut, exceptione per eam ſubmota, fundetur, id eſt, ſtabiliatur origo petitionis alias ruitura. (2) Quis neget quin in replicatione vere ſit actor, *L. 30. §. ult. de pecul.* Ergo iure actoris utatur, proinde reo non probante reus, etſi nihil præſtet, & ſi nec edat quidquam, abſolvatur. *Ad d. L. pen. §. ult.* Reſp. Donellus ibi heres reus edit legatariis, non ad fundandam replicationem, quæ illic nulla, ſed ad expediendam fidem exceptionis. Et ibid. etiam alia inſtrumenta quam rationes eduntur ideo, quia illis ſe tuebatur reus iis utendo. Etſi vero replicatio ſpecies exceptionis *L. 2. §. 1. de except.* diſſimilis tamen, ab actore, ſpectans non ad tuendum ſed lædendum. Plane ſi ex eo ipſo inſtrumento quo reus exceptionem fundat, replicationem probare velit actor, audiendus eſt, quia inſtrumenta integra edenda, *L. 1. §. pen. h. t.* P. Buſ. *ad L. 3. h. t. n.* 8. Ubi autem confeſſione rei vel probatione actoris fundata eius intentio, orto circa quædam incidentia dubio, ad intentionem adiuvandam reum edere teneri volunt. Veluti: vindicavi fundum 10. iugerum. Fateris me dominum, vel ego probavi, ſed negas modum menſuræ. Recte peto inſtrumenta abs te edi, quibus contineantur fines agri & numerus iugerum, ita per *L. Titius 48. de act. empt. L. 91. §. Titio 3. de L. 3.* Bover. *Sing.* 32. *n.* 3. Zaſ. *Par. D. h. tit. n.* 7. Menoch. *Caſ.* 499. *n.* 83. Mynſing. *ad C. 1. de probat. n.* 18. Gilken. *ad L. ult. C. h. t. n.* 15. & 16. Bronch. 2. *Aſſ.* 94. Rulant. *de Commiſſar. P. 2. Lib. 5. C.* 19. *n.* 14. Meichſner *Tomo 3. Deciſ. Cam.* 13. *n.* 225. Anton. Fab. *C. ſui h. t. defin.* 1. Pacian. *Lib. 1. de Probat. C.* 63. *n.* 99. *& ſeqq.* Confer. omnino Valaſc. *Iur. emphyt. Q.* 8. Frider. Martini *de Iur. cenſuum C.* 7. *n.* 241. *& ſeqq.* Sic ſi ago ex chirographo, tu manum vel ſigillum tuum inficiaris, &c. Mynſing. *d. n.* 18. poſt Old. *Cl. 1. Act.* 8. *pag.* 86. Sic cognito de fideicommiſſi iure cogitur heres rogatus omnia inſtrumenta ad hereditatis cauſſam pertinentia, edere, ut inde conſtet, quæ ſint bona hæreditaria, fideicommiſſo obnoxia, Ant. Fab. *C. ſuo h. t. defin.* 14. Secus eſt, ſi ſemiplene tantum reus probavit, Menoch. *d. loc. n.* 84. Ex æquitate tamen ubi iudex veritatem periclitari intelligit, poſſe illum officio ſuo iniungere reo editionem, ubi actori probationes fuerunt, quarum copia periit. Oldend. *d. Act.* 8. *pag.* 86. Mynſ. *ad d. C. 1. n.* 17. Veluti ſi rationes & inſtrumenta ſua actor caſu & citra culpam amiſit. De quo fuſe Menoch. *Arb. Caſ.* 499. *n.* 55. *& ſeqq.* Pacian. *de Probat. Lib. 1. C.* 63. *n.* 153. *& ſeqq.* add. Afin. ut *h. C. N. 3. in fin.* Alleganti autem cauſam, cur reus edere debeat probandi onus, vid. Cagnol. *ad L. 1. C. h. t. n.* 29. *& ſeq.* Pacian. *Lib. 1. de Probat. C.* 62.

CAP. VIII.

De publicis actis ſeu inſtrumentis edendis.

Analyſis & expoſitio L. is apud quem 2. C. de ed. 1. & ſeqq. *Acta publica quid ſint: cur civilia criminalibus opponuntur*. I.

Cui edenda ex iudicis imperio. II.

I. VErba hæc ſunt: *Is apud quem res agitur, acta publica tam civilia, quam criminalia, exhiberi inſpicienda ad inveſtigandam veritatis fidem iubebit*. Acta ſunt ea, quæ aguntur, & ea figura, qua uſurpamus contentum pro continente, acta dicuntur tabulæ, & inſtrumenta, in quibus ea acta perſcribuntur: ut hoc loco acta publica ſunt ſcripturæ de iis rebus quæ in iudicio, & apud magiſtratum aguntur, quæ abſolute etiam dicuntur acta. *L. acta, L. actorum, D. de re iud.* Publica dicuntur ideo, quia auctore & comprobante eo aguntur, perſcribunturque, cuius perſona & auctoritas publica eſt: ideſt, a magiſtratu, & eo, qui a magiſtratu iudicandi poteſtatem accepit, quorum ob eam cauſſam, fides & auctoritas publica habetur: ideſt talis, ut non inter litigatores tantum, qui nunc agunt; ſed inter omnes perſonas fidem faciant, rem ita geſtam eſſe, ut illis actis continetur. *L. geſta, ult. C. de re iud. L. in donationibus, C. de donatio.* Similia acta ſunt, quæ interponuntur in re pecuniaria. *L. ult. D. de furt.* iuncta *L. ult. D. de priv. del.* civilis actio, ideſt pecuniaria, criminali opponitur. *d. L. ult. D. de fur. titu. C. quand. civil. actio criminal. præiud.* Sic & hoc loco civilia acta criminalibus. Quæ appellatio inde nata eſt, quod in re pecuniaria agitur res inter cives duos: agit enim civis cum cive, id eſt, privatus cum privato In criminibus non item In his enim agit non civis, ſed reſpublica cum cive de re ad rempublicam pertinente: agitur enim vindicta criminis quæ ad reipublicæ utilitatem pertinet. *L. locatio, §. quod illicite, D. de publican.*

II. Is autem *apud quem res agitur*, ideſt, iudex. *§. 1. Inſt. de actio.* is hæc acta [2] *exhiberi iubebit*, ſed cui? Primum ſibi, ſi videtur: iubetur enim diligenter cauſſam cognoſcere prius quam iudicet. *L. iudices, C. de iudic.* Rem autem ex actis iudicii cognoſcet. Idemque multo magis faciet qui mortuo Iudici ſucceſſerit *L. mortuo, D. de iud.* iubebit etiam edi alterutri ex litigatoribus id poſtulanti: acta enim iudicii quodammodo horum omnium ſunt, litigatorum videlicet, & iudicis. *arg. L. acta, D. de iud.* quid tamen ſi iam ante quam petentur, exemplum ab actuario datum ſit? Sequemur hic exemplum eius, qui ſibi rationes ab argentario edi poſtulat: cui non aliter edi iubet prætor, quam ex cauſſa. *L. ſi quis, in fin. D. de eden.* cauſſæ enumerantur in *L. veluti, ſeq.* A quo vero iubebit exhiberi? a litigatore, ſi apud eum erunt: ſive is erit reus, ſive actor, ſed maxime ab [*] actuario, cuius, ut argentarii officium publicam cauſſam habet. Itaque hac definitione generali Imperatores unum aliquod ex his ſignificare voluerunt. Poteſt enim primum de officio iudicis in cauſſa cognoſcenda definitio accipi. Nam cum, ut dixi, iubeatur iudex cauſſam cognoſcere, ante, quam iudicet, poteſt hic ſenſus accipi, quaſi iudicem alloquentes Imperatores moneant, ex officio eius eſſe, ut acta iudicii curet ſibi edenda, ſcilicet quo illa diligenter inſpiciat. Alioqui intelligat hac cognitione prætermiſſa, nullam ſententiam fore. Hoc quidem præceptum atque hæc denunciatio diſerte ſcripta exſtat in *L. properandum. § & ſi quidem, C. de iud.* Poteſt etiam referri definitio ad litigatores ut hoc exprimat, uter

* 1) De hac editione plura, quæ ſubnotare poſſem, habeo. Sed quia ubique copioſo eſſe non licet, remitto ad Iaſon. Don. Zoan. & Gilken. *ad L. 2. C. h. t.* Bellon. 2 *supputat* 12. Marant. *Specul. P. 6. act* 10. Perlad. *Rer. Quotid.* 9. Pacian. *Lib. 1. de Probat. C.* 65. Petr. Frider. *Lib. 2. de Mand. ind. C.* 47. *& ſeqq. & C.* 66 *uſque ad n.* 6. Scaccia *1. de Iudic.* 100. Bender. *de Reviſione Concluſ.* 15. *n.* 12. Rulant *de Commiſſ P. 2. Lib. 5. C.* 19. *n.* 16. *& ſeqq.* Gail. 1. *Obſ.* 106 *&* 134. Guid. Pap. *Deciſ* 2 *& Deciſ.* 241 *& ſeq.* Io. Meichiner. *Lib* 1 *Deciſ. Cam* 14. *n.* 5. *& ſeqq.* Mynſ 1. *Ob.* 11 *& ad C t. de probat. n.* 39. ubi quod cum die & Conſule edi debeant.

2) Vid. Cacheran. *Deciſ.* 16. *& Deciſ.* 57. et confer. Menoch. *Arbit. Caſu* 370. Belle de actuariis tractat Langlæ 4 *Semeſtr* 6. Protocollum ut Notarius exhibere teneatur, vid. Anton. Sola *ad Conſtit. antiq. Sabaud rub. de Protocolli exhibitione*. Quod acta pauperi gratis edenda, Pruckman *Conſil.* 16. *n.* 19. Ventura de Valentiis *Parthen litigioſ. Lib.* 2. *C.* 9. *n.* 17. arg. *Nov.* 17. *C.* 3. Conſilia iuris & allegationes uti edi debeant, conſule Menoch. *Arb. Caſ.* 175. Gilken. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 6. *& ſeqq.* Scaccia 1. *de Iudic.* 100. *n.* 14.

ter litigatorum, acta iudicii ſibi ab adverſario exhiberi deſideraverit, iudicem exhiberi iuſſurum, quaſi rem pariter ad utrumque pertinentem: atque ita eum edicto cautum ſit, ut ea inſtrumenta quis edat, quibus uſurus eſt, non alia: hoc dicto declaratur id ad privata inſtrumenta & ea quæ ſint propria eius, unde ea deſiderantur, non ad publica, & ea quæ non minus adverſarii ſunt pertinere.

C A P. I X.

Eum, qui in ius vocatus eſſet, & cui edita eſſet actio, neceſſe habuiſſe iure Romano aut cavere iudicio ſiſtendi cauſſa, aut in ius venire: qualis ea cautio fuerit, & quam vim habeat.

Tranſitio; & uſus huius tractationis. I.
Rerum partitio. *Cautio* ſiſti iudicio *quid valeat*. II.
Quid illi adiecerit, & quam recte Iuſtinianus. III.
Cautio ſiſti iudicio *quotuplex: qualis præſtanda a ſingulis*. IV. V.
Qui talis cautionis effectus, & quando hic ceſſet. VI.
Quid ſignificent hæc veteribus uſitata nomina & locutiones: vades, vadimonium, vadari; obire vel deſerere vadimonium. VII.
Cavere abnuentem, iure hunc actor in ius trahit invitum. VIII.
Qui in ius duci nequeant, aut omnino, aut non niſi prætoris permiſſu, quæ utriuſque ratio. IX.
Nec iniqua, nec inutilis fuit in ius ductio; & quare. X.
Quare in ius ductio, vel cautio iudicio ſiſti, *fuerit & civili Romanorum, & ſit Pontificio iure neceſſaria*. XI.
Cur moribus Gallorum aliud obtineat. XII.

I. UT hoc exigendum fuit ab actore ante omnia, ut reum in ius vocaret, & ſimul ei ederet actionem, qua acturus eſſet, quibus de rebus hoc uſque a nobis dictum eſt: ita proſpiciendum fuit ex altera parte, ne cum rite vocatus eſſet reus (quod ſuperioribus rebus efficitur) inutilis eſſet vocatio, ſi forte vocatus ſponte in ius non veniret. Cui rei ita proſpectum eſt iure Romano, ut non putarent veteres, qui id ius conſtituerint, ſatis eſſe quod vocatio in ius atque adeo ſola denunciatio ad domum rei facta prodeſſet eo, ut liceret abſentis bona poſſidere: quamquam ad hoc proficit; eaque via eſt etiam conſtituta, qua ius noſtrum conſequamur, adverſus abſentes, & qui poteſtatem ſui non faciunt. *L. ſatiſque D. de in ius vocan.* ſed id etiam obtinendum a reo cenſuerint, ſi quomodo poſſet, ut vocatus in ius veniret, neceſſitatem veniendi ei imponerent: quo res ſcilicet iure iudicioque diſceptaretur, ſive quod iudicarent in iudicio plus eſſe auctoritatis, & momenti ad lites & controverſias dirimendas: ſive quod pertinet hoc ad exiſtimationem petitoris, intelligi nihil eum calumniæ cauſſa petere; quod tum intelligi potuit, cum adverſario contradicente de re eſſet iudicatum; ſive quod etiam omnem conquirendi cauſſam reo vellent adimere: quæ tum eſſet penitus præciſa eum res iudicio acta, tranſactaque eſſet. Itaque de ea re ita ſtatuerunt. Vocari quidem reum, & ſimul ei actionem edi ſine ulla exceptione voluerunt, prius quam quiſquam in ius venire cogeretur. Edita actione, quod conſequens fuit, etiam [1] ſpacium dederunt, quod opus eſſet reo, ad deliberandum de ea re, utrum cedere an contendere deberet: ut ſupra dixi. Sed hoc poſtremum ſub conditione, ſi caveret ſe poſt id tempus ad [2] conſtitutum diem iudicio ſtiturum. Unde lis conſtituta, & ſimpliciter conſtitutum; Petronio arbitro dicitur. Quod ni eo nomine cavere vellet, hanc pœnam conſtituerunt, ut iam tum ſtatim cogeretur ire, ut

1) Quamquam Cuiac. *in Novel.* 53. *pag. mihi* 191. velit, reum debere ſtatim, atque accepit libellum conventionis (& ſic ante tempus datum deliberationi) præſtare cautionem perſonalem iudicio ſiſti. Quam perſonalem dici ſcribit ad differentiam ſatiſdationis iudicatum ſolvi, quæ de re eſt, non perſona.

2) De die autem eo convenire ſolet, &c. *L.* 8. *pr. Qui ſat. cog.* ubi Cuiac. 22. *Obſ.* 26. & Ant. Fab. *in Rational. ibid.* verba extrema *moderato, &c.* a Triboniano adſuta eſſe cenſent. Quod non probandum, vid. Menoch. *Arb. caſ.* 54. Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *Q.* 8. *pag.* 59. *&* *in Tab. actionum, pag.* 1150. Gœd. *ad L.* 3. *pr. de V. S. n.* 20. *& ſeqq.* & Pac. 1. *Enant. Quæſt.* 76.

ut niſi ſequeretur, poſſet in ius duci: quod ille Titulus Digeſtorum plane demonſtrat, *In ius vocati ut eant, aut ſatis, vel cautum dent*. Quorum in utroque quid egerint, apparet. Aperte enim utraque re neceſſitas impoſita eſt reo, ut vel eat nunc, vel paulo poſt in ius veniret. Quo enim ſpectat cautio iudicio ſe ſiſtendi? Nempe, ut reus cautione, & ut veteres loquebantur, vadimonio obſtrictus, coactus periculi metu, quod ex cautione deſerta imminebat, non deeſſet promiſſioni; ſed iudicio ſe ſua die ſiſteret. Hæc neceſſitas cavendi, & veniendi in ius, argumentum eſt, in quo verſantur & Titulus *de in ius vocando* in Pandectis, & reliqui omnes qui inde ſequuntur, uſque ad Titulum *de edendo*. Itaque cum de ea dixero (dicam autem breviter, & quantum ad ſummam iuris veteris & occaſionem rerum in hoc genere quæſtiarum intelligendum ſit ſatis, nam amplius non videtur neceſſe) ſuperiorum titulorum ſententia ex parte erit cognita: ut ſi quis cætera ex illis velit diligentius petere; non laboret.

II. Ergo reo vocato edita actione defertur conditio, ut aut caveat, aut in ius eat: Quid cavere debeat, qualis cautio ab eo exigatur, & quam vim ea habeat, videamus. Cavet ſe ad conſtitutum diem iudicio ſtiturum. Hinc edicto cautum, quis fideiuſſor iudicio ſiſtendi cauſſa acciperetur. *L. 2. §. prætor, D. qui ſatid. cog. L. 1. L. 2. D. in ius voc. ut caut.* Inde illa; ad quid teneatur, qui ſe iudicio ſiſti promiſit. *L. 2 §. ult. D. qui ſatiſ. cog. L. ult. D. ſi quis in ius voc.* Et, quid ſi quis iuſta de cauſſa impeditus, cautionibus iudicio ſiſtendi cauſſa factis non obtemperaverit. *tot. Tit. ſi quis cautioni*. Siſtere ſe aliquo in loco eſt in eum locum venire, ut ibi conſiſtas. Et ideo hæc ſtipulatio non committitur, niſi adverſus eum, qui non venit. *L. 2. §. ſi quis iudicio, D. ſi quis caut.* Et hæc, ſiſtere ſe iudicio, & ad iudicium venire ſeu occurrere, pro eodem uſurpantur. *L. 2. §. 1.* & *§. ult. L. ſi duo, §. 1. ſi quis cautio. iudicio.* valet iudicii cauſſa, & quod modo dixi, ad iudicium, intelligo accipiendum, ut ſiſtere ſe iudicio, ſit ſiſtere ſe in iure, ut reus iudicium, quod datur, accipiat, id eſt, patiatur litem ſecum conteſtari: ut ſignificatur in [3] *L. ſi eum*, in fin. *ſi quis caut.* vel, ut alibi, ſecum agendi poteſtatem faciat. *L. etſi, eod.* quod fit iudicium accipiendo & litem conteſtando. Itaque qui ad iudicium occurrit, & litem conteſtatus eſt, is hac ſtipulatione iure liberatur. Amplius quicquam a reo olim exigi, quam ut ſe ſiſteret iudicii accipiendi cauſſa, deque ea re caveret, non legimus: neque vero erat neceſſe, cum lite ſemel conteſtata, de re cognoſcere iudex, etiam abſente reo, & iudicare potuerit: ut dicemus ſuo loco.

III. Iuſtinianus hoc exegit, ut reus non tantum promitteret, ſe in ius venturum, litis conteſtandæ cauſſa, ſed etiam ſe permanſurum in iudicio uſque ad terminum litis. Sic enim loquitur in *§. ſi vero aliquis, eod. tit.* ſe tempore ſententiæ recitandæ in iudicium venturum. Quod cui bono conſtituerit, non animadverto: cum, ut dixi, etiam [4] abſente reo iudicari potuerit, ut ſententia non minus eum teneat, quam ſi præſente eo iudicatum foret. Et ſane ſi reus id nollet promittere, quæ pœna adverſus eum eſſe potuerit, non video.

3) Sed & ſiſtere reum fideiuſſor dicitur ae exhibere *L. 10. pr. Si quis caut. L. pen. Cod. de fideiuſſ.* vid. Old. *Cl. 9. Act. 9. princ.*

4) Ita &, verbis Donelli uſurpatis, Caſpar Schiſordegher. *Lib. 1. ad* Anton. Fab. *Tr. 4. Q. 4. ſub fin.* Male. Etſi enim abſente reo poſtea, cognoſci poſſit: non tamen ita commode, ae immo & poſt litem conteſtatam eogitur ſe præſentare reus, vid. *h. C. N. 23.* Plane & poſt litem conteſtatam fideiuſſorem exercitationis litis recte accipi probat *L. 8. §. 3. de fidei.* Et notat Roder. Suarez. *in L. 2. ſeri tit. de Compercendinationib. n. 28.* cautum eſſe debere iudicem, ut euret promitti a fideiuſſore ſiſti reum, quotieſcunque petitum fuerit, donec omnimodo lis finiatur, de quo fuſe tractat *ibid. n. 31. & ſeqq.* add. Hering. *de Fidei. C. 20. §. 9. n. 9. & ſeq.* ibique ab eo citati. Enimvero Valaſe. *Tomo 1. Conſult. 66. n. 10. & ſeqq.* duplicem iudicio ſiſti cautionem agnoſcit, (9) de qua *tit. In ius voc. ut eant. &c.* quæ evaneſcat reo primum in iudicio comparente (a) de qua *tit. Qui ſatiſdar. cog.* quæ non niſi lata ſententia *d. L. 8. §. 3. de fideiuſſ.* ut nempe illic ad initium ſolum & primum actum, hic ad omnes reliquos actus iudicii exhibere reum teneatur. Quomodo & Ant. Fab. *ad L. ultim. Si quis in ius voc. & ad L. 1. In ius voc. ut eant, & ad L. 8. pr. Qui ſatiſd. cog.* aliam eſſe cautionem de ſiſtendo in iure apud Prætorem, aliam iudicio ſiſti apud pedaneum iudicem. De illa *d. tit. In ius voc. eant.* de hac *d. tit. Qui ſat. cog.* Atque hoc differre *tit. Ne quis eum qui in ius voc.* a titulo *de eo per quem fact. erit.* Verum fallitur Faber dum putat verbis *iudicio ſiſti*, non poſſe contineri Prætoris tribunal. Nam præterquam quod reſiſtant *L. 9. d. tit. Si quis in ius voc. & L. 1. In ius voc. ut eant*, quibus clare dicitur iudicio ſiſtendi cauſſa (Quas alienas eſſe ab illis titulis, eoſque titulos a Triboniano male acceptos eſſe, malo more Faber contendit) apertiſſime refellitur ex *L. 5. §. 1. Qui ſat. cog.* ubi primo dicitur *iudicio ſiſtendi*, & ſubditur tamen duci in ius. Et ex *L. 1. pr. Si ex. nox. ca. ag.* apparet vim cautionis iudicio ſiſti, eſſe quoque antequam iudicium accipiatur. Falſo itaque Antonius Faber omnem eius vim eſſe poſt litem conteſtatam. Alia denique differentia *tit. Ne quis eum qui in ius*, ab alio tit. *de eo per quem fact.* Nempe illius tituli edicto coercetur eximens eum qui ducitur, quia non ſatiſdedit, aut ſponte quidem it, ut *L. 4. d. tit.* ſed non præſtita cautione. Huius vero edictum de eo qui impedit, ne qui ſatiſdedit cautioni ac promiſſioni ſuæ pareat.

IV. [5] Cautio iudicio ſiſtendi cauſſa quæ a reo exigitur, non eſt unius modi. Ut eſt perſonarum conditio, ita ab aliis nuda cautio, & repromiſſio exigitur: ab aliis cautio iureiurando firmata: ab aliis etiam ſatiſdatio, ideſt, cautio eiuſmodi, qua cum promiſerit reus, ſe iudicio ſtiturum, det etiam in eam rem fideiuſſores, ideſt eos qui idem adpromittant. Id enim ſatiſdatio ſignificat. *L. 1. D. qui ſatiſd. cog. L. 5. §. ſatis, D. de verb. oblig.* In hanc ſententiam ſic Titulus ille, *qui ſatiſdare cogantur*, in Pandectis conceptus eſt· *Qui ſatiſdare cogantur, vel iurato promittant, vel ſuæ promiſſioni committantur*. Hanc varietatem Iuſtinianus in ſua illa cautione, cuius paulo ante memini, expreſſit in *§. ſed hodie, Inſt. de ſatiſd.* Hinc illa diſiunctio Tituli, in ius vocati. *In ius vocati ut eant: aut ſatis vel cautum dent*. Satiſdent, ſi ii ſunt, a quibus ſatiſdatio exigitur: cautum dent, ſine fideiuſſoribus ii, a quibus nihil amplius exigitur, quam cautio, ſeu repromiſſio. Qui immobilia non poſſidet [6] iubetur ſatiſdare: qui poſſidet, ſatiſdare non compellitur [7] *L. ſciendum, D. qui ſatiſd. cog.* quo loco quis [8] poſſeſſor immobilium habendus ſit, quæritur. Quod explicatur in *d. L. ſciendum*. Ex his tamen

5) Cautionis nomen generale. Quo abſolute poſito, nuda promiſſio ſignificatur, *L. ſancimus 3. Cod. de V. S.* Et ita in *L. 25. §. 1. cir. fin. L. 33. §. 3. Cod. de Epiſc. & Cler.* Harprech. *ad princ. & §. 1. Inſtit. de ſatiſd. n. 6.* Sed cum ſufficiens plena vel idonea requiritur, non niſi pigneraticia vel fideiuſſoria, Corſet. *Singul.* 42. Gail. 2. *Obſ. 47. n. 4. & de Arreſt. imperii, Cap. 3. n. 4. & ſeqq.* Menoch. *Arb. caſ.* 142. Bronch. 1. *Aſſ.* 25. Henrig. *de Fideiuſſ. Cap. 5. n.* 22. Ayrer. *Proceſſ. P. 1. Cap.* 10. *Obſ. 2. n. 2. per L. 59. §. ult. Mand. Cap. ad noſtram 7. de iurei.* Pac. *L. 188. §. 1. de V. S.*

6) Non tam quod hic pro prædibus prædia habeantur, quodque tam per bonorum hanc poſſeſſionem, quam per dationem fideiuſſorum, conſulatur actori, cum ſi malitioſe fruſtretur reos, bona in pignoris cauſſam capi & diſtrahi poſſint, ut Weſenb. *Parat. h. t. n.* 11. P. Heig. *P. 1, Quaſt.* 36. *n.* 26. *& ſeqq.* Annæ. Robert. 4. *Rer. iudic.* 11. Ant. Fab. *ad d. L.* 15. *pr.* Hæc enim ratio aliis quoque cautionibus prætoriis communis, cum tamen regula *d. L.* 15. ad ſolam iudicio ſiſti pertineat, Pac. 1. *Enant. Quaſt.* 68. Et adverſatur huic rationi ſpecies *d. L. 15. §. 3.* ut Suarez. *loc. mox citando*. Quam quia ſatiſdatio iniungitur, ne reus ante litis conteſtationem fugiens ſententiam ferri impediat, ut *h. C. n.* 11. Quæ ſuſpicio fugæ hic ceſſat poſt Bart. & alios Rod. Suarez. *in L. 2. fori tit. de Comperendinationib. princip. n. 3. & n.* 12. Peregrin. Iannin. *de Citat. reali Lib. 1. Cap. 2. n.* 157. Sich. *ad auth. offeratur. C. de lit. cont. n.* 18. Valaſc. *Conſ. 66. n.* 5. Pac. *d. Q.* 68. cum res ſoli amoveri nequeant, Io. Robert. 3. *Sent.* 21. Alia mobilium ratio, non quod par affectio in eas non cadat ut, Iannin. *d. C. 52. n.* 158. ſed quia celari facile ac deperdi poſſunt, Ant. Fab. *d. loc.* nec minus de fuga ſuſpectus debitor, cum eaſdem alio transferre poſſit. Quare aliud in mobilibus iis, quæ occultari vel loco moveri facile & clanculum nequeunt, ut ſi mercator merces plures poſſideat, tabernam habens in loco publico, quæ ſecreto exhauriri nequeat, maxime ſi & intricatus ſit nominibus debitorum, vid. poſt Bart. *ad d. L. 15. n.* 5. Sich. *d. n.* 18. Iannin. *d. Cap. 2. n.* 161. Duar. *d. loc. n.* 12. Damhuder. *Praxi civ. C. 99. n.* 9. Lancel. Conrad. *de Off. prat. in cauſſ. civil.* v. *Satiſdatio n.* 7. Harpr. *in §. 2. Inſtit. de ſatiſd. n.* 18. Ayrer. *P. 1. Cap. 10. Obſ. 3. n. 18. & ſeqq.* Iac. Schult. *Obſ. forenſ.* 19. quem adi. Addatur in ſimili Menoch. *Arb. caſ. 87. n.* 52. Tametſi alias merces immobilium loco non habendæ, de quo P. Heig. *P. 2. Quaſt.* 55.

7) Etiamſi alias perſpectæ fidei ſint, & integræ notæ, ut Valaſc. *Tomo 1. Conſult. 66. n.* 32. Licet hos de fuga non ſuſpectos eſſe velit Menoch. *d. Caſu 87. n.* 12. Quid ſi dum contraheret actor, ſcivit reum non poſſidere immobilia vel mobilia ad rei valorem accedentia? Valaſc. *d. loc. n.* 33. non poſſe peti ſatiſdationem putat, quia contrahendo perſonam eius approbaverit. Quod vereor ut obtineri poſſit, an æquum ſit. Illud rationis magis videtur, quod tradunt, ſi quis ſatiſdatione antea a ſe petita contumax poſtea agens petat ab alio, ei præſtari non debere, argum. *L. 13. §. 11. de damn. infect.* Rod. Suar. *in L. 2. fori tit. de Comperendinationib. princ. n.* 15. Cæterum & ubi res mobilis petitur, vulgo aliam inſuper ſatiſdationem de re non diſſipanda vel alienanda requirunt, vid. Valaſc. *d. Conſ. 66. n.* 15.

8) Quo de fuſe Suar. *d. tit. princip. & §. ulterius quaritur* 1. Ayrer. *d. C. 10. Obſerv.* 3. Qui autem uſumfructum ſolum habet, poſſeſſor hic non habetur, *d. L. 15. §. 1. in fin.* Etſi enim vendi poſſit, non tamen tanquam quid immobile, ſed ut ius fundi, quod & pluribus modis amitti poteſt, & facilius quam ipſæ res mobiles, A. Fab. *ibid.* Ayrer. *d. Obſ. 3. n.* 50. Val. Guil. Forſt. *Lib. 2. de Interpretat. iur. C. 1. §. obiicio. n.* 11. Iac. Schult. *Obſ. forenſi 24. n.* 37. Quanvis hoc concoquere non valeat Valaſ. *d. Conſul. 66. n. 23. & ſeqq.* adeo ut *n.* 27. audenter cenſeat ſubtilitatem hanc Iuriſconſultorum illis relinquendam eſſe, *L. 20. de LL.* & idem *n.* 28. debere immo uſumfructum excuſare, ſi non ſit modici temporis. Et Suar. *d. t. pr. n.* 27. ſatiſdationem evitari, ſi uſusfructus ita pinguis, ut fugæ ſuſpicio ceſſet, quod iudicis ſit arbitrari. Sed adi & audi Iac. Schult. *Obſ. forenſi 23. n.* 59. Sane cui annui reditus ſunt, qui ex re immobili præſtantur pro immobilium poſſeſſore vulgo hic habetur, modo in perpetuum, vel tempus non modicum, debeantur, Marc. Mantua. *Sing.* 49. Suarez. *d. t. n.* 28. Valaſc. *d. Conſ. 66. n.* 30. Gail. 2. *Obſ. 10. n.* 6. Mynſ. 1. *Obſ. 69. n. 3. & 4. ac n.* 12. Harpr. *ad §. 2. Inſtit. de ſatiſd. n.* 17. Ayrer. *d. Obſ. 3. n. 12. & ſeqq.* licet aliquando in Curia Lipſienſi aliter iudicatum, Moller. *ad Nov. Elect. Sax. 5. p. 1. n.* 15. Et pro negociatore pluribus pugnat Iac. Schult. *Obſer. forenſi* 24. declarans tamen *ibid. n.* 50. niſi reditus illi magni momenti ut ex iis ſolis vivat, & ceſſet fugæ ſuſcipio, arg. notatorum *N. proced. ſub fin.* Feudales quoque res hanc excuſationem præſtare ſatis adſtruit Zanger. 2. *de Exc.* 21. *n. 28. & ſeqq.* Sed & quod de creditore habetur *d. L. 15. §. 2.* rationem habet (1) quia ius pignoris ſolutione tolli poteſt, Ayrer. *d. Obſer. 3. n.* 46. & fructus poſſeſſionis cedit commodo debitoris, Gœd. *de Sequeſtr. C. 2. n.* 7. ſed id reſtringit Suar. *d. loc. n.* 26. (1) niſi in pignore eo ſpes luitionis ceſſet. Et Zanger. *d. C. 21. n.* 34. excipit, niſi tanti fundus pignoratur quanti valet. arg. *L. 101. pr. verſ. ſi modo de leg.* 3. ac Ayrer. *d. Obſer. 3. n.* 48. (2) niſi conveniatur ſolum ſuper re pignorata. In fundo dotali pro poſſeſſore hic uterque coniugum, *d. L. 15. §. 3.* (Ubi Cuiac. 10. *Obſerv.* 32. pro *poſſeſſionem* ſubſtituit petitionem, ſed male.) Idem in muliere, cui dotalitium in fundo, adſtruit Zang. *d. Cap. 21. n.* 33. quia alia, ait, huius ratio, quam creditoris, qui fructus ſuos non facit, ſed debito imputat. Mihi contra videtur, quia hoc ius valde affine uſufructui. Quin & rei litigioſæ poſſeſſio ſatiſdatione relevat. Quod utique admittunt, quoad cauſſam aliam, lite ſcilicet rei ab alio mota, Suar. *d. princ. n.* 20. Ayrer. *d. Obſ. 3. n.* 9. etſi ſententia contra poſſeſſorem dicta, modo ab ea appellaverit *d. L. 15. §.* 6. Quia appellatio extinguit iudicatum, reducens omnia ad terminos litis conteſtatæ, Anton. Fab. *ibid.* Quid ſi appellatio deſerta? Adhuc idem vult *Gl.* Sed reprobat poſt Bart. Suar. *d. pr. n.* 22. Quia *d. §. pen.* a contrario argumentum præbet, ſi non appellatum ſit, nec haberi pro poſſeſſore. Idem ergo lapſis fatalibus appellationis. Ad hæc deſerta appellatione non ceſſat ſuſpicio fugæ. Nec obſtat quod quæſtio dominii non poteſt ab alio quam domino referri. Ea enim ratione creditor quoque & fructuarius a ſatiſdatione immunes eſſent. Et dato eo ſufficit, quod abſit fugæ ſuſpicio. Quare & alium malæ fidei poſſeſſorem hoc onere non liberari ſtatuit idem Suar. *n.* 23. & Ayrer. poſt alios *d. Obſ.*

Digitized by Google

men qui immobilia poſſident, ſunt qui præter repromiſſionem iurare cogantur, ſe iudicio ſtituros, ſi modo verum eſt, eſſe qui cogantur iurare quanvis non ſatiſdent, ut eſſe initio poſui. Hi qui ſint ambigitur. Nam de eo nihil uſque aperte cau-

tum legimus. Et ſi a quibuſdam exigitur iuratoria cautio, ut exigi conſtat, nihil cauſſæ eſt, cur non exigatur pariter 9 ab omnibus: niſi ſit, cui iuſiurandum nominatim remittatur. Legimus autem in univerſum iuſiurandum de calumnia remitti paren-

d. Obſ. 3. *n.* 40. quia cum is ſciat rem alienam eſſe, facile eam dimittet, nec ceſſat fugæ ſuſpicio. Nec obſtat *d. §. pen.* quia poteſt eſſe, ut una ſententia victus habeat bonam fidem & ſententiam iniquam putet. Sed & ſi quis ſemel ante contumax poſtea hanc ſatiſdationem non evitat, vid. Iannin. *d. C.* 2. *n.* 162. Ayre. *d. Obſ.* 3. *n.* 39. Quid autem ſi de ea ipſa re immobili lite pulſetur, aliam non poſſidens? Satiſdatio iniungitur ex communi opinione, teſte Valaſco *d. Conſ.* 66. *n.* 8. Ayrer. *d. C.* 10. *Obſ.* 3. *n.* 9. & *Obſ.* 5. *n.* 1. cum qua tranſit, Iac. Schult. *Q. Pract.* 13. *n.* 2. Pro quibus facit *L.* 8. §. 1. *L.* 11. *Qui ſat. cog.* contra tamen Accurſius & alii referente eod. Valaſco & probante *d. loc. n.* 9. Verum Suarez. *d. princ. n.* 31. poſt Ang. ita ſcite conciliat. Evitatur ſatiſdatio, ſi de ea re ſola conveniatur, quia vix eſt, ut credi debeat rem litis cauſſa deſerturus, cuius utique traditione liberari poteſt. Quod ſi præter rem acceſſiones eiuſdem, fructus, &c. petantur, eæque tot, unde fugæ ſuſpicio probabilis, ſecus eſt. Niſi forte dubiæ fidei reus. Quo caſu non ſatis conſultum eſſet actori. Licet enim res auferri nequeat, ea tamen male uti poteſt. Rob. 3. *Sent.* 21. Cæterum *d. L.* 8. §. 1. vel de alia, quam iudicio ſiſti, cautione accipi poteſt, vel de hac a volente præſtita ſponte Pac. 1. *Enant.* 68. Nunquid autem oportet bona immobilia rei de qua agitur, æſtimationi reſpondeant? Ita volunt Accurſ. *in d. L.* 15. & ſequaces Anton. Fab. *ibid.* Valaſc. *d. Conſult.* 66. *n.* 6. Harprecht. *ad* §. 2. *Inſtit. de ſatiſdat. n.* 17. Iannin. *d. Cap.* 2. *n.* 157. Coler. *ad Cap.* 2. & *Cap. dilecti. extr. de Except. n.* 16. per *L.* 234. §. 1. *de V. S.* Ut ſi in plus conveniatur, poſſeſſio proſit ad concurrentem uſque æſtimationem, ſatiſdetur autem de eo, in quo excedit, Reinhard. *inter Differ.* Zobel. 10. *Parte* 1. *n.* 6. arg. *L.* 76. *de R. V.* Attamen Suarez. *d. princip. n.* 17. hoc non eſſe neceſſarium, modo tanta ſint, unde præſumptio fugæ excludatur. Quod Iudicis arbitrio tribuit. Immo contra, etſi litis æſtimationi ſufficiat, non relevare ſtatuit. Quid enim ſi pro executione vendi debeant, & ſubhaſtationis aliiſque ſumptibus detractis, non ſatis ſuperſit iudicato faciendo. (Eadem forſan moderatio adhibenda, ſi poſſeſſor pretium rerum non exſolverit, ubi ſatiſdationem remitti ſæpius iudicatum, referente Mollerio *ad Nov. Sax.* 5. *Parte* 1. *n.* 11.) Ibid. *n.* 19. Suarez. ſatis eſſe putat, ſi ceſſet ſuſpicio fugæ uſque ad litis conteſtationem. Quia ſi poſtea fugerit contra abſentem, ad ſententiam uſque procedi poteſt. Iure Saxonico ſatiſdatione relevat poſſeſſio immobilium, quorum æſtimatio accedit ad valorem unius Werigeldi, ſeu 24. ſexagenarum veterum, aut 20. talerorum, Landr. *Lib.* 3. *Art.* 5. & *Art.* 22. *tre.* Coler. *ad C.* 2. & *Cap. dilecti* 8. *extr. de Except. n.* 16. Moller. *ad d. Novell. Elect.* 5. *n* 9. Ex uſu tamen quanta poſſeſſio, neceſſaria, pro rei & perſonarum conditione index diſpicit; poſt alios noviſſ. Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 20. Quid ſi res poſſeſſæ in alio loco ſitæ? Pone: conventus loco contractus poſſidet in loco domicilii: Diſtinguit Suarez *d. t. de Comperendinat.* §. *Ulterius quaritur* 1. *n.* 2. an in alio loco diverſi territorii, & iuriſdictionis ſitæ, an eiuſdem, cuius eſt locus Iudicii. Sed & in diverſo territorio admittit, *n.* 6. ſi id tam vicinum ſeu propinquum, ut omnis fugæ ſuſpicio ceſſet. Alii cum poſſeſſio hæc loco fideiuſſionis ſuccedat, non aliter extra locum iudicii admittunt, quam quo caſu fideiuſſor inde accipitur, ut *L.* 7. §. 1. *hoc tit.* vid. Ayrer. *d. Obſervat.* 3. *n.* 34. & 3. *ſeqq.* Ex *Nov. Sax.* 5. *Parte* 1. liberat ſatiſdatione poſſeſſio in ditionibus Electoris, licet non in eodem iudicio. In Ceteris autem Provincialibus, quorum ordinationibus dicta Conſtitutio nihil derogatum eſſe vult, obtinere, ut ſatiſdet, niſi in eodem foro poſſideat, notant Weſenb. *Par. h. t. n.* 11. & Zang. 2. *de Excep.* 21. *n.* 26. Sed Moller. *ad d. Conſt.* 5. *n.* 14. hic moderamen quoddam adhibere videtur, add. Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 23. Poſſeſſio autem vel divitiæ patris non relevant filium, vid. Suarez. *d. tit. pr. n.* 30. Ayrer. *d. Obſ.* 30. *n.* 5. & *ſeq.* Procurator vero tunc immunis, quando ſi principalis eius per ſe litigaret, ſatiſdare non teneretur. Quod probe notandum Suarez. *d. tit.* §. *ulterius* 1. *n.* 3. Convenit *d. Nov. Sax.* 5. *P.* 1. ubi Moller. *n.* 4. Zang. *d. C.* 21. *n.* 57. Quid ſi adverſarius neget poſſideri ab hoc immobilia, num ſatiſdat, donec is docuerit? Moller. 1. *Semeſtr.* 2. *n.* 1. & ad *d. Nov. Sax.* 5. *n.* 8. reiectam hanc exceptionem teſtatur, ubi calumnioſe, & cauſſa remorandæ litis, opponi apparuit, de quo ſummarie Iudex cognoſcet, add. Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 18. Confer. Hippol. a Marſil. *Sing.* 686. Matth. de Afflict. *Deciſ.* 109. ibique Cæſ. Urſill.

9) Atque ita immobilium quoque poſſeſſores iuratoriam cautionem præſtare, docet Cuiac. 12. *Obſ.* 22. & *in Nov.* 53. *p. mihi* 191. *per L. ult.* verſ. ita videl. *C. de princip. agent. in reb. Lib.* 12. *t.* 22. Quæ hoc ſatis clare probat. Quod & olim *Gl.* Iaſ. & Fulgoſio placuit, referente Weſenb. *Parat. h. t. n.* 11. *in fin.* Licet ipſe contrariam receptiorem dicat, quam & Hortenſius *ad* §. 2. *Inſtit. de ſatiſdat.* & Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 45. *n.* 14. probant Robert. 3. *Sent.* 21. nudam permiſſionem admittit, ſi reus honeſtior & ſatis locuples: Iuratoriam autem ſi mediæ conditionis. Et Harprecht. *ad d.* §. 2. *n.* 14. ad iurandum compelli, ſi ita iudici ex iuſta cauſſa viſum fuerit. Sed *d. L. ult.* non diſtinguit. Plane ſi contentus adverſarius ſimplici repromiſſione, ea ſufficiet, argum. *L.* 61. *de Verb. Sign.* Num autem præterea hic poſſeſſor bona ſua omnia hypothecæ obligare debet? Ita volunt Bart. & Iaſ. referente Rosbach. *d. tit.* 45. *n.* 15. *per L.* 7. *ut L.* vel *fid. ſerv. C. L. ult.* §. 3. *C. de adm. tut. Nov.* 123. *C.* 21. §. *ult.* Et probat Zang. 2. *de Exc.* 21. *n.* 25. A. Fab. *ad d. L.* 15. *pr.* & §. *ult. h. tit.* Quia, ait, non ob aliam cauſſam remittitur ſatiſdatio, quam quia ſatis cautum bonorum immobilium obligatione. Eamque rationem decidi putat *d. L.* 15. §. *ult.* quod venditio rei non obſit, quia nimirum res cum ſuo onere, & cauſſa pignoris tranſeat. Denique idem firmat ea vocula *cautionis* in *d.* §. *ult.* Verum contra Angelus *in d. L.* 15. *n.* 7. (referente Rosbach. *d. loc.*) ut & Weſ. *in Complem. ad* Sneidvin. *tit. Inſtit. de ſatiſdat. in fin.* Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 17. Quorum opinionem prævalere duco. Quia quæ vera ratio remittendæ ſatiſdationis, ut *h. C. N.* 6. Pignerationem non exigit. Ac in *d.* §. *ult.* cautionis nudum nomen ſimplicem promiſſionem denotat per not. *h. C. N.* 5. Sane in foro Saxonico hæc pigneratio minime uſitata, Weſenbec. *Parat. h. t. n.* 11. Unde nec conſenſum iudicis eius loci, ubi ſita, impetrare oportet *Nov. Electo. Auguſti* 5. *Parte* 1. ubi vid. Moller. *n.* 5. & 2. *ſeqq.* & Iac. Schult. *d. Obſ.* 17. *n.* 12. & *ſeqq.* Cæterum & iuratoriæ cautioni, (quæ & adiuratoria, *L. ult. in fin. C. de Caſtrenſ. & miniſter. L. ult. C. de Princ. agent. in reb.*) ſoli committuntur Magiſtratus conventi poſt depoſitam adminiſtrationem intra 50. dies, *L.* 1. *pr. C. ut om. iud. tam civil. quam mil.* Et perſonæ illuſtres, *L.* 17. *C. de dignitat.* ubi Cuiac. Item memoriales in ſacris ſcriniis militantes, eorumque parentes ac liberi, etſi non poſſideant immobilia, *L. in ſacris* 12. *princ. C. de prox. ſacro. ſcrin. Lib.* 12. *Tit.* 19. Non autem quivis nobiles, ut Bart. *ad d. L.* 17. quem Tiraq. *de Nobil. C.* 20. *n.* 189. refellit. Olim Præſides ipſos quoque ſatiſdediſſe probat mihi *L.* 16. *in fin. de off. Praſ.* Denique ex cautionis penuria hic quoque onus ſatiſdationis remittitur, argum. *L.* 6. *D. Si cui plus quam per L. Falc.* ſi nempe iuret, ſe non poſſe dare fideiuſſorem, *Nov.* 122. *Cap.* 2. *in fin. princ.* add. *Nov.* 134. *Cap.* 9. *v. ſi vero crimen.* De quo & qua forma hoc iuramentum præſtandum, aliiſque hic requiſitis conſulantur Rod. Suarez. *in L.* 2. *fori tit. de Comperendinat. in pr. n.* 6. Gui. Pa. 189. & *ibid.* Rambaud. *in Addit. Weſ. Par. h. t. n.* 10. Eberh. Speckh. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 13. A. Fab. *C. ſuo tit. de ſatiſd. defin.* 9. Bender. *de reviſione Concluſ.* 7. Ayrer. *Proceſſ. P.* 1. *C.* 10. *Obſer.* 7. Fuſe Hering. *de Fideiuſſ. C.* 18. *n.* 87. & *ſeqq.* Ad eam vero non admittitur, qui antea cautionem ſuam iuratam deſeruit, Cuiac. *in Nov.* 53. *pag. mihi* 192. Cæſar Contard. *in L. Diffamari C.* 4. *n.* 25. Ioan. Monach. *Pract. P.* 5. §. 3. *n.* 6. & 7. Ayrer. *d. Obſ.* 7. *n.* 5. & *ſeqq.* Hering. *d. loc. n.* 114. & *ſeq.* Ut nec qui ob perverſos mores & vitæ levitatem, fideiuſſorem reperire nequit, Suar. *d. n.* 6. poſt plures citatos Hering. *d. loc. n.* 109. aut alias de fuga ſuſpectus. Is enim arreſti nexu conſtringendus, vid. Weſenb. *d. n.* 10. Harprecht.

parentibus, & patronis. *L. iuſiurandum & ad pecunias, § qui iuſiurandum, D. de iureiu L. licet, D. de obſeq.* Quo exemplo & [10] iis id iuſiurandum remitti recte dicemus, quod ideo exigitur, quod de fide, & integritate parentis filius, patroni libertus dubitet; & poſtea de periurio queri velit. Hi igitur cavent; non iurant: cæteri etiam iurant ſe iudicio aſtituros.

V. Ut cautio non eſt unius generis, quæ exigitur; ſic nec ſatiſdatio unius generis. Nam cum in omni ſatiſdatione adhibeatur fideiuſſor: ab aliis fideiuſſor iubetur dari locuples: ab aliis qualiſcunque datus ſit, accipi iubetur. De quo ita ſcriptum eſt in *L. 1. & 2. D. in ius voca. ut eant* Edicto cavetur, ut fideiuſſor iudicio ſiſtendi cauſſa datus, pro rei qualitate locuples detur; exceptis [11] neceſſariis perſonis, ideſt parente, vel patrono: item patrona, liberiſve eius vel uxore, nuru. Tunc enim qualiſcunque fideiuſſor accipi iubetur; & in eum, qui non accepit, cum ſciret eam neceſſitudinem perſonarum, quinquaginta aureorum iudicium competit. Extat fragmentum edicti de ſupra ſcriptis perſonis in *l. 2. §. prætor, D. qui ſat. cog.* Quo iure poſito hæc ſunt quæſita; Quis fideiuſſor [12] idoneus iudicio ſiſtendi cauſſa? de quo in *L. 2. qui ſatiſd. cog.* Quid agendum, ſi dubitetur an ſit idoneus iudicio ſiſtendi cauſſa? de quo in *L. arbitro, eod.* Quid ſi actor fideiuſſorem evidenter locupletem [13] non acceperit? de quo in *L. 5. §. 1. eod.* Quid ſi reus fideiuſſorem non poſſit in eo [14] loco dare, ubi convenitur? de quo in

precht. *ad §. 2. Inſtit. de ſatiſd. n.* 10. Confer. Coler. *de Proceſſ. P. 3. C.* 11 *n.* 94 *& ſeqq.* Mynſ. 2. *Obſ.* 11. vel res, de quibus lis, ſequeſtrandæ, *L. 7. §. ult. h. tit.* Quis hic de fuga ſuſpectus iudicis arbitrarii eſt, vid. Menoch. *Arb. Caſu* 87. Gœd. *de ſequeſt* C 3. *n.* 20. Num huic cautioni locus in criminalibus, tractant itidem auctores citati, unde pete.

10) Turpe enim his diffidere, nec credere niſi iuratis. Clericos quoque ſuæ promiſſioni committi, ſed cum hypotheca bonorum, docet Harpr. *ad §. 2. Inſtit. de ſatiſd. n.* 15. *per L.* 25 §. 1. quia vetatur cautioni inſeri iuſiurandum *L.* 33 §. 3. *C de Epiſc. & Cler. Nov.* 123. *C.* 21. §. *ult* In quo errat Zanger. 2. *de Exc.* 21. *n.* 47. ab his repromiſſionem iuratoriam exigi docens. Quod *d. L.* 21. *d Nov.* 123. *Cap.* 21 directo negant. Epiſcopi vero pro nullis cauſis cautionem ullam præſtant, *d Nov.* 123. *C* 21 *in fin.* Argentarii denique, ex *Iuſtin. edicto* 7. *C.* 5, ſufficit factum promiſſum.

11) Quod honoris cauſſa eis tributum, de quibus ſiniſtre ſuſpicari non convenit, Coraſ. 4. *Miſc.* 10. *n.* 3. Ant. Fab. *ad d. L. 1. in ius voc ut eant* Hering. *de Fideiuſſ.* C. 8 *n.* 90. Nec audiendi DD. vulgo, qui in *dd. LL.* intelligunt coniunctionem inter ſatiſdantem & fideiuſſorem. Quaſi fideiuſſor alias minus idoneus, pro coniuncto admittatur, quia ius pro certo habeat, quod coniunctus non deſerat propinquum ſuum, ideoque ſeſe iudicio ſiſtet, poſt alios Suarez. *in L. 2. fori tit. de Comperendinat.* § *nunc opportune* 3. *n.* 7 Quod ſcite refellit Coraſ. 4. *Miſc.* 10. & Hering. *d* C. 8. *n.* 91 *& ſeqq.* qui Coraſium ab impetitione Collatii tuetur. Fac. *Nov.* 115. *C.* 3. §. 8. Qualiſcunque autem accipitur quantum ad facultates, *d. L.* 2. §. 4. *Qui ſatiſd cog.* Non enim accipietur furioſus, pupillus, miles, minor, mulier abuſve, qui aut ex fideiuſſione plane non obligatur aut ſine effectu, exceptione vel iure ſpeciali tutus, Hering *d.* C. 8. *n.* 95. & Ant. Fab. *ad d.* § 4 Etſi enim quoquo modo cavere ſufficit, non tamen nihil cavere, Hering. *d. loc.* Adhæc ex paupere dives fieri, idque bono omnino ſperari poteſt. Inhabilitas autem perſonæ non deficit, Anton Fab. *d. loc.*

12) Æſtimatur hic *d. L.* 2 *pr.* (1) ex facultatibus, Quare filiusfamilias pro alio quam pro patre non facile audietur, arg. *L.* 2 § 3. *h. tit.* ubi Ant. Fab add Bover. *Sing.* 11 *n.* 2 Etſi vero quidam pauperiorem quoque idoneum cenſuerint, ſi ſpectatæ vir fidei, referente Caroco *de iuram. tit. deciſ Q.* 1 *Quæſt.* 13 *principalis n.* 16. Contra tamen alii, ut Caroc. *ibid n* 17. Hering. *de Fideiuſſ* C. 8. *n.* 59. Ad quid enim hic prodierit fideiuſſor, qui fallente reo ſatisfacere inopia non poſſit, ſcite Hering. *d. n* 59. *& ſeqq* Adhæc ſi moreretur, fortaſſis heres ipſi in obligatione ſuccedens non erit talis, Caroc. *d loc* Requirunt autem vulgo, ut immobilia poſſideat fideiuſſor, quorum valor, ut minimum ſummæ petitæ reive æſtimationi æqualis ſit Et quidem Rod Suar. *d tit de Comperendin n* 2. *& n.* 4. prius illud probat, quia fideiuſſor accipitur, ut diligentius cautum ſit, niſi, ait *n.* 4 alius reperiri nequeat, ubi & mobilium poſſeſſor accipietur. Æquivalentiam autem ad rem petitam non requirit, Ibid. *n.* 6. modo bona tanti ſint, ut ſuſpicio fugæ ceſſet. Sed de hoc requiſito facultatum plenius & belle Hering. *de Fideiuſſ.* C. 8. *n.* 52. *& ſeqq.* (2) Ex conveniendi facilitate. Non igitur mulier, miles vel minor *L.* 8. §. 1. *hoc tit.* Weſenb. *Par. h. t. n.* 7. Harpr. *ad d. §. 2. Inſtit de ſatiſd. n.* 6. Non qui ex alia civitate ut *ſeq. N.* 14. nec qui ex eadem forte, ſed cui privilegium aliquod fori, niſi ei renunciet, *L. 1. ſi quis in ius voc. non ier. L.* 7 *pr. h. t.* ut Clericus ſtudioſus *&c* Harpr. *d. loc. n.* 7. Non homo levis & probri plenus, vid. Hering. *d.* C. 8. *n.* 125. *& ſeqq* litigioſus & rixoſus; a quo ſuum conſequi difficile. A Fab. *ad d. L* 2. §. 1 Harpr. *d. n.* 7. Quin & Pragmaticos, qui in foro verſantur, Curiæ Adſeſſores, advocatos, Procuratores, ſunt qui hinc arceant, vid. Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. Parte* 5. §. 5. *n.* 3. Hering. *d. C.* 8. *ſub fin* Qui ibid. *n.* 129. *& ſeqq.* inquirit, quid in iis, qui ob potentiam pariter & ſeveritatem aliis formidabiles, itemque *n.* 136 *& ſeqq.* num Iudex & Magiſtratus loci idoneus &c.

13) Ubi utrique iniuriarum actio. Nam animus iniuriandi ex re ipſa colligitur, cum inde repudiati fideiuſſoris exiſtimatio ſuggilletur. A. Fab. *ibid.* vid. Harpr. *ad §. 1, Inſtit. de iniur. n.* 25. *& ſeqq.*

14) Regula; Fideiuſſor eidem iuriſdictioni ſuppoſitus ſit, *L. 1. ſi quis in ius voc. non ier.* nec detur ex alia civitate, licet eiuſdem Provinciæ, *L. 7. §. 1. hoc titulo* vid. Suarez. *in L. 2. fori titulo de Comperendinat. §. Ulterius.* 1. *n.* 51. *& ſeqq.* Matth de Afflict *Deciſ* 137 Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin.* §. 5. *n* 5. Hering. *de Fideiuſſ.* C 8. *n.* 100. *& C.* 14. paſſim. Ratio non quod iniuria alias fieret iudici litis, qui non poſſet iuriſdictione ſua cogere ad ſtandum promiſſis, ut Ant. Fab. *ad d. L. 1. Si quis in ius.* Neque enim multum huius intereſt. Sed quia alias deterior fieret conditio creditoris, ſi debitore, cuius copiam habet, dimiſſo, difficultati alio loco ſuum ex fideiuſſore extorquendi ſe illigare teneretur, ut belle in ſimili, Moller. 2. *Semeſtr.* 14 *n.* 15. & convenit ipſe Faber *Codice ſuo tit de ſatiſd. defin.* 11, Quod ſi tamen fideiuſſorem reperire nequeat reus in loco iudicii, quia forte ignotior, ſi neceſſaria ſatiſdatio fuerit, auditur, ſi in alia eiuſdem Provinciæ civitate ſatiſdare paratus, *d. L.* 7. §. 1. De quo iuramento Rei fidem haberi vult Suar. *d. loc.* vid. Hering. *d.* C. 14. Quæ autem ibi dicatur neceſſaria, quæ item voluntaria ſatiſdatio, multum noſtri variant Suarez. *d. loc. n* 18 illam exponit, ad quam lege quis adſtringitur, licet cauſſa ſit voluntaria: Hanc ad quam ex conventione ſua, cum evitari poſſet, & Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *in Practica pag.* 62. *per L.* 30 *rat. rem hab.* Cuiac. 22. *Obſer.* 26. illam, quæ ex edicto Prætoris, ne vocatus invitus trahatur: hanc conventionalem, quæ diem certum ex conventione recipiat, in quem ſiſti oporteat &c. Ant. Fab. *ad d. L.* 7. §. 1. illam quæ ex edicto præſtatur, etſi neceſſitas non præciſa, ſed cauſſativa: hanc quæ ultro ab iis præſtatur, quos iuratoriæ, aut nudæ promiſſioni Prætor committit. Hering. *de Fideiuſſ. Cap.* 14. *num.* 25 *& ſeq.* neceſ-

in *L. ſi fideiuſſor*, §. 1. *eod.* & alia nonnulla in quibus conſumitur Titulus, *Qui ſatiſdare cogantur*.

VI. Eventus ſtipulationis hic eſt, ut ſi reus non ſtiterit, teneatur in id quod intereſt. *L. ult. ſi quis in ius voc. non eat.* quod veritatem continet, inquit Ulpianus, non autem quantitatem. *L.* 2. §. *ult. qui ſat. cog.* ideſt, ut ibidem interpretari videtur, veram quantitatem, quanta debetur, quod pro varietate [15] actionum & petitionum diſtinguitur: non autem certam quantitatem, quæ velut pœna iniungatur deſertoribus; niſi tamen [16] certa quantitas pœnæ nomine promiſſa ſit. Et eodem modo fideiuſſores tenentur. *d. L.* 1. §. *ult.* Hæc tamen ita, niſi reus neceſſaria aliqua de cauſſa & cui parere haberet neceſſe, [17] prohibitus ſit, quominus ſiſteret, quod illius Tituli argumentum eſt, *Si quis cautio, iudicio ſiſtendi cauſſ. fact. non obtemperav.*

VII.

neceſſariæ ſpecies refert præter iudicio ſiſti, uſuſfructuariam, rem pupilli ſalvam fore, expenſarum &c. (ac ſane priores referuntur, in *L.* 8. §. 4. *h. tit.*) voluntariæ exemplum ponit in cautione de rato. Sed Henric. a Suerin. *Repet. Lect. C.* 17. nullam cautionem iudicio ſiſti neceſſariam eſſe, cum vitari poſſit, ſi fiat, quod iure fieri debet, id eſt, ſi in ius vocatus eat: Eſſe hoc remedium potius ſatiſdationis, quam quod neceſſario iniungatur. Quibus tamen non nimis operoſum occurrere; quod enim iuris neceſſitate ſit, & præſtatur, utique vere neceſſarium. Nam & urgeri quis dicitur, etſi non abſoluta neceſſitas, *L.* 8. §. 5. *de Cond. inſt.* (Neque ſaltem ex Iuſtiniani mente, ut *h. C. n.* 3. liberatur hac neceſſitate, qui in ius venerit, quia caveri oportet de perſiſtendo in lite, donec terminetur, ut *d. n.* 3. Poſtremo hic notandum, ſatiſdationem hanc, ſi leges, iuriſque rationem ſectamur, datia ſolum fideiuſſoribus expediri, non autem pignoribus, per *L.* 1. *h. t. L.* 7. *de præt. ſtip. L.* 4. §. 8. *de fid. lib. L.* 1. §. 9. *de collat. bon. Nov.* 53. *C.* 2. *& C.* 3. §. 2. verbia *ſola perſonali fideiuſſione, & Nov.* 112. *C.* 2. vid. Don. *ad L.* 5. §. 2. *de V. O. n.* 3. Pac. 1. *Enant.* Q. 64. A. F. *ad d. L.* 1. Gœd. *ad L.* 61. *de V. S. n.* 2. *&* 3. Suarez. *d. cit. de Comperendinat. Pr. n.* 9. Ayrer. *Proceſſ. P.* 1. *C.* 10. *n.* 5. *& ſeqq.* Hæc enim forma ſatiſdationis, quam impleri oportet, ac nec in melius quidem mutari poteſt, Suar. *d. loc.* Bronch. 1. *Aſſ.* 25. Nec invito aliud ſolvi poteſt, Gœd. *d. n.* 3. etſi melior conditio afferatur, Ayrer. *d. loc. n.* 6. Nec ſemper plus cautionis in pignoribus, quia interire poſſunt, eorumque cuſtodia moleſta & periculoſa, Donell. *d. loc.* & Ayrer. *n.* 7. Adhæc ſecurior, qui habet duos debitores. Nam pignorum datio novum debitorem parere nequit. Fideiuſſoria autem cautio obligationem pignorum gignere poteſt, cum bona pignori capiantur in exſecutione iudicati, Anton. Fab. *ad d. L.* 1. Denique facilius fideiuſſor conveniri poteſt, quam pignus diſtrahi. Ad diſtractionem pignoris longiore circuitu pervenitur, quam ad ſolutionem a fideiuſſore faciendam, Philipp. Matth. *ad L.* 25. *de Regulis Iur. n.* 7. *&* 8. Diſſ. DD. vulgo & Weſenbec. *Par. h. t. n.* 7. Menoch. *Arb. Caſ.* 142. (qui tamen iudicis arbitrio tribuit, quando per pignora, vel fideiuſſores idonee caveatur) Zanger. 2. *de Exc.* 21. *n* 57. Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 45. *n.* 10. Quorum opinio admitti certis caſibus poteſt: (1) Quando actor pignoribus contentus, per *d. L.* 61. *de V. S.* ubi Gœd. *L. ult.* §. 3. *Quod legat.* (2) Quando fideiuſſores reperiri nequeunt, Suar. *d. loc. n.* 9. arg. *not. h. C. N.* 9. verſ. *Denique.* Eademque in foro Saxoniæ recepta, in quo reus plane non cavet, ut *h. C. N.* 23. actor ita, ſi immobilia non poſſideat, valorem Werigeldi unius, id eſt, 24. Sexagenas antiquas, 24. *alte Schoeck.*, excedentia, depoſitione tantæ pecuniæ, vel eius nomine fideiuſſoribus, aut pignoribus recte cavet, vid. Iacob. Schult. *Obſerv. forenſ.* 20. Fideiuſſio hic requiſita a Statuto, quando præſtanda etiam parte non petente, ut ea non præſtita, nullitas oriatur, vid. Ioan. Petr. Surd. *Deciſ.* 57. In criminalibus, maxime capitalibus, num huic cautioni locus, non omnino eſt huius loci. Nam de civilibus agimus, vid. Coler. *de Proceſſ. exſec. P.* 2. *C.* 5. *n.* 51. *& ſeqq.* Hering. *de Fideiuſſ. C.* 20. §. 9. Bronch. 4. *Aſſ.* 58. Menoch. *Arb. Caſ.* 303. Maranta *P.* 6. *Tit. de ſatiſd. n.* 4. *& ſeqq.* Harpr. *ad* §. 2. *Inſtit. de ſatiſd. n.* 26. *& ſeqq.* Num ſi ſemel reum criminis ſiſtat fideiuſſor, & is aufugit, denuo ſiſtere teneatur. Moller. 2. *Semeſtr.* 2. Hering. *d. C.* 20. *n.* 81. *& ſeqq.* qui negat.

15) Nam ſi certæ quantitatis actio, ex. gr. ad 100. certi condictio: ex cautione commiſſa in 100. Sin incerti actio, tenetur incerti ex ſtipulatu, in id quod intereſt, Cuiac. 10. *Obſ.* 10. vel potius, ad id quod intereſt, & ita incerti agendo quoties pœna certa non adiecta, ut Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *p.* 54. Coler. *P.* 2. *C.* 3. *n.* 48. Schifordegher. *Lib.* 1. *ad Fab. Tr.* 4. *Q.* 6. Illud autem intereſſe æſtimatur ſecundum modum actionis intentatæ, contra eum qui ſe non ſiſtit, quanti nempe is condemnari potuit, per *d. L.* 2. §. *ult. L.* 3. *Qui ſat. cogant.* Nam quod Zobel. *Addit. art.* 9. *lib.* 3. *iur. Sax lit. A.* & Reinh. *inter diff.* Zobel. 26. *P.* 4. *n.* 9. diſcrimen ſtatuit iuris Saxonici quo fideiuſſor iuxta modum actionis teneatur; & civilis quo tantum ad intereſſe non factæ præſentationis a Colero *d. C.* 3. *n.* 49. *& ſeq.* refellitur. Et æſtimatio eius refertur ad tempus, quo ſiſti debuit, non ad id, quo agitur, *L.* 12. §. 1. *Si quis caut.* vid. Pac. 1. *Enant.* 81. Veram autem quantitatem dici *d. L.* 2. §. *ult. Qui ſatiſ. cog.* vult A. Fab. *ibid.* ut excludatur actio calumniatoris, & ſpectetur, quid actoris vere interſit, non quid petierit. Plane Guibald. *Lib.* 1. *de Rat. ſtud. C.* 16. pro *veritatem, in d.* §. *ult.* reponit *utilitatem*, ut ita id quod intereſt, a vera quantitate diſcernatur. Quæ correctio minus neceſſaria. Quærit Coler. *d. P.* 2. *C.* 3. *n.* 45. an parata exſecutio contra hunc fideiuſſorem extendatur. Quod negat *n.* 47. *& ſeqq.*

16) Ni pluris quam ſtatutum eſt, per ignorantiam promiſſum, *L.* 4. §. *ult. Si quis caut.* Modum ſtatutum putat Cuiac. 10. *Obſ.* 10. ut ſi actio ex. gr. in 100. pœna non excedat 200. ſi actio incerti: modus imponatur arbitrio Prætoris. Sed vid. A. Fab. *ibid.* Nec ſi plus interſit, quam pœna ſit, fideiuſſor niſi ad hanc tenetur, Afflict. *Deciſ.* 234. Pœna hac a fideiuſſore præſtita liberari reum actione principali contendit Caſpar Schifordegher. *Lib.* 1. *ad A. Fab. Tr.* 4. *Q.* 5. Quod nunc non excutio. Quæ pœna iuratoriam cautionem deferentis, vid. *L. pen. C. de dignit.* ubi Cuiac. *Novel.* 53. *C.* 4.

17) Ubi plura impedimenta percenſentur, quæ a contumacia excuſant. De quo & quomodo hæc impedimenta probanda, vid. Gui. Papæ *Q.* 64. & Annotatores ad eum, Valaſc. *Tomo* 1. *Conſ.* 66. *n.* 13. Pacia. 2. *de Probat.* 47. Menoch. *Arb. C.* 118. Contard. *in L. Diffamari C.* 4. *n.* 116. *& multis ſeqq.* Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 6. Quodque hic impedimentum iuſtum non modo morbus proprius, ſed & uxoris ac liberorum, ſcite Ian. Langlæ. 1. *Semeſtr.* 2. *pag.* 18. *& ſeq.* Expedit vero hoc caſu excuſationem abſentiæ ad iudicem mitti, vid. Valaſ. *d. Conſ.* 66. *n.* 12. *&* 14. Io. Ausbach. *Sing. alleg. Lib.* 1. *C.* 35. *&* not. *ſupra Lib.* 18. *C.* 9. *N.* 6. Iuſta quoque excuſatio timor minarum reo inſinuatarum. Unde reſponſum refert Coler. *de Proceſſ. P.* 2. *C.* 3. *n.* 58. ex hac cauſſa non ſiſtente reo pœnam conventam præmature a fideiuſſore exigi, cum prius reo fide publica de immunitate carceris caveri debeat. Non autem excuſat impedimentum, quod ipſe affectavit, & cui ipſe cauſſam præſtitit, *L.* 2. §. *ult. Si quis caut.* dolo ſcilicet malo, & ob hoc ipſum ne ſiſtere poſſet. Secus ſi nihil imputari poſſet, cur ſe non ſiſtat, licet impedimentum ex delicto proficiſcatur, *L.* 4. *pr. h.* 1. Ant. Fab. *ibid.* Privati quoque detentio exceptionem non præſtat, *d.* §. *ult.* Vel quia poteſt ei imputari, cur non imploraverit Magiſtratum, vel quia iniuria uni facta non debet alterum contingere, *L.* 67. *de fidei.* A. Fab. *ibid.* Ea cauſſa vero morbi ſontici iubet Lex 12. tab. diem iudicii eſſe diffiſum *d. L.* 2. §. 3. ut habet Florentina lectio id eſt, dilatum. Diffindere enim eſt interrumpere, infringere, illud tempus demere numero dierum, quibus ſiſti oportet. Unde dilatio infertur. Cuiac. 12. *Obſ.* 18. vid. & Ræv. *ad L.* 12. *tab.* 5. Pollet. 4. *Hiſt. fori* 15. Suer. *Repetit. Lect. C.* 30. Politian. *Miſc. C.* 41. repudians vulgarem lectionem *diffuſum*. Quæ tamen

placet

VII. Atque hoc loco de uſu, & forma veterum loquendi in hac re commodum eſſe videtur nonnihil dicere, ne quod de ea dicunt, ignoratione verborum nos fallat, & ut quam iam olim hoc cautionis & ſatisdationis genus in uſu fuerit, intelligatur, ſitque quod ab illorum ſcriptis ad uſum noſtrum transferamus. Monendi ergo ſumus, hæc illis verba in hac re fuiſſe uſitata: quæ non temere occurrunt in Pandectis, cum tamen res eadem ſit quam nunc dicimus. Nam qui hac promiſſione ſe obſtringebat reus, dicebatur vadari verbo communi ſub ſignificatione paſſiva, id eſt obſtringi: ut interpretatur Fulgentius in *lib. de priſco ſermone*. quod verbum dictum eſt a vadendo, quia reus hac promiſſione caveret fore ut vaderet, id eſt, iret ad iudicium, & ut nos loquimur, iudicio ſe ſiſteret. Cautionem ipſam vadimonium appellabant, quaſi dicas promiſſionem de vadendo interpoſitam. Unde qui vadabatur, idem & vadimonium promittere dicebatur. Cui autem promittebatur, dicebatur vadimonium accipere. Idem & vadari active. Horat. ſat. 9.

... Et caſu tunc reſpondere [18] *vadato Debebat ......*

de reo loquitur qui debebat reſpondere actori vadato, ideſt, qui vadimonium acceperat. Inde & fideiuſſores eo nomine dati vades. Reus cum ſtatuto die veniebat in ius, & ut noſtri loquuntur, cum obtemperabat cautioni iudicio ſiſtendi cauſſa factæ, dicebatur obire vadimonium, quaſi dicas ire ob vadimonium. Cum autem non parebat cautioni, dicebatur deſerere vadimonium: pro quo Ulpianus dixit deſerere promiſſionem iudicio ſiſtendi cauſa factam: eſt in *L.* 4 *§. quæſitum*, *D. qui ſat. cog.* Unde Paulo pœna deſertionis pœna deſerti vadimonii in *L.* 5. §. 1. *D. eod.* Quæ omnia cum apud Ciceronem aliis in locis frequenter, tum in Quintiana paſſim occurrunt. Teſtimonia alia ſi quis deſiderabit, & habere volet, Budæus ſuppeditabit in annotationibus ad Pandectas.

VIII. Eſt igitur, ut propoſui, hæc conditio delata reo, ut aut caveat, aut in ius eat. Ut ſi cavebit ſe iudicio ſtiturum, non cogatur in ius venire ante conſtitutum diem. Sed etſi cavet, hoc conſequitur, ne veniat: ita ſi conditione non utitur, ita ius eſt, ut ſine cunctatione iubeatur ire. Quam ob cauſſam ius eſt actori privato, reum in ius ducere, & trahere [19] invitum; ſi is extra domum conſpiciatur. Nam eum, qui eſt domi ſuæ, non licet de [20] domo ſua in ius vocare, ideſt, extrahere, & ducere. *L. plerique*, & *L. ſeq. D. de in ius vocan.* Quod cum multis, & variis teſtimoniis cum aliorum auctorum, tum noſtrorum dilucide expediverit Franſciſcus Duarenus *lib.* 1. *diſp. cap.* 1. actum non agam. Tantum illa,

quæ

placet Brodæo 10. *Miſc.* 6. qui exponit in poſterum reiectum. Morte rei ut liberetur fideiuſſor, vid. *L.* 4 *Quis ſat. cog.* *l. ſancimus* 26. §. *ſin autem & ſecundum*. *C. de fidei.* Coler. *d. C.* 3 *n.* 62 *& ſeq.* Liberari quoque fideiuſſorem docet Hipp. de Marſil. *de Fideiuſſ.* *n.* 110. ſi reus poſtea mutet conditionem vel fiat alterius fori, ex. gr. Clericus. Quid ſi ſemel exhibitus deſerat iudicium? Diſt. an ſimpliciter fideiuſſerit, an in totam cauſſam aut in finem litis, vid. Old. *Cl.* 1. *Act* 8. *Q.* 8. *& in tabula actionum pag.* 115. Et quod non teneatur fideiuſſor poſt ſententiam tractat Roder. Suar. in *L.* 2. *fori ant. de Comperendinat.* §. *ſed pone quæſtionem* 4. *n.* 27. *per L.* 8. §. 3. *de fideiuſſ.* *L.* 1. *ſi ex noxali Cap.* *ag.* quia in iudicio ſiſti non continetur iudicatum ſolvi, licet hæc in illa ſit. Et quia iudicium finitur per ſententiam, utique & hæc cautio. Niſi ad certum tempus fideiuſſit, & id nondum elapſum, *per d. L.* 26. *C. de fideiuſſ.* Quare nec in appellationis inſtantia hanc perſeverare docet idem *d. loc.* *n.* 29. arg. *L.* 20. *D. Iudic. ſolvi.* Sed hanc opinionem communem quidem eſſe, aſt in foro noſtro Saxoniæ non ſervari, ſcribit Moller. 2. *Semeſtr.* 2. *n.* 4. Plane ſine ſcriptis & adiectione diei accepti fideiuſſores ex conſtitutione Iuſtiniani *L. pen. C. de fideiuſſ.* non tenentur ultra duos menſes. Quia nec in longius tempus ſe obligare voluiſſe præſumitur, qui ex ſcripto fidem ſuam adſtringere noluit, Cuiac. *de Div. temp. præſ. C.* 13. *&* 19. *Obſ.* 34. Ubi & *præced.* *L.* 26 conſtitutum docet, ut poſt commiſſam pœnam fideiuſſor intra ſeu menſes exhibito reo moram purgare pœnamque effugere queat. In quod accuratius inquirere non vacat. Ordinis autem beneficio hunc fideiuſſorem non iuvari, cenſet Gœd. *de Contr. ſtip.* *C.* 9. *n.* 98, ne eluſoria fiant iudicia. Nam qui ſemel contemſit Magiſtratum reus, nec iudicio ſtetit, deinceps quoque contumax futurus præſumitur.

18) Lambin. *ad Horat. d. ſat.* 9. Vades, ait, qui periculo ſuo promittunt aliquem vadimonium obiturum, ut ſi non obeat, vas litis æſtimationem ſubeat, add. Auſon. Potman. *Lib.* 4. *de Diff. verb. pag.* 217. *& ſeq.* Iac. Nic. 9. *Miſc. epiphyll.* 1. *P.* 5. *Theſauri Critici* Gruteri. Hot. *ad* §. 15. *Inſt. de act.* *& ad d. L.* 13. §. 1. *C. de iud.* Gov. 1. *Var. Lect.* 40. Biro. *in L.* 7. § *ult. de minor.* Cuiac. *ibid.* (qui tractant, quid eremodicium deſertum a vadimonio deſerto differat) Ræv. *Protribun.* *C.* 9. (qui duplex vadimonium ſtatuit) & ad *LL.* 12 *Tab.* *C.* 5 Obr. *de Concip. libell.* *C.* 8. *n.* 3. *&* 4 Hering. *de Fideiuſſ.* *C.* 3. *n.* 42. *& ſeqq.* De vadimonio deſerto apud Athenienſes Ioach. Steph. *Lib.* 2. *de Iuriſd. Iuda. Græc. &c.* *C.* 9. *n.* 34. *& ſeqq.*

19) Recte. Sed variat hic Donellus a ſeipſo, qui *ſupra C.* 2. (vid. ibi *n.* 6.) iam olim exoleviſſe morem illum ducendi ſcribit.

20) *L. nemo* 103 *de R. I.* Quintil. *Lib.* 8. *C.* 9. legem Romanorum fuiſſe: Ex domo in ius educere non licet. Et ut *d. L.* 18 domus tutiſſimum refugium dicitur, ita Cic. *pro domo* nihil eſt ſanctius, nihil omni genere munitius. Xenop. *Lib.* 7. [illegible] vid. P. Fab. *ad d. L.* 103. Cuiac. 7. *Obſ.* 15. *&* 16. *&* 1. *Panc ad edict.* *in L.* 19. *&* 21. *de in ius voc.* Baldnin. *in not. ad d. L.* 18. Ræv. *Protrib.* *C.* 3. Vult. *Diſc. ſchol.* 1. *pag.* 22. A Fab. *C. ſuo de in ius voc. defin.* 9. Weſ. *Conſ.* 43. *n.* 56. Mynſ. 4. *Obſ.* 69. Sig. Scacc. 1. *de Iudic.* 46. *n.* 8. *&* 9. fuſe Speckh. *Cent.* 1. *Q.* 56. Etſi vero plerique ad tractionem violentam, quam nunc citationem realem uſurpant, hoc ius accommodent. Quomodo & P. Nanu. 10. *Miſc.* 1. vocare *in d. L.* 18. non eſſe citare ac denunciare, ut ad litem ſuſcipiendam adſis, ſed invitum duci. (Ut tamen non tantum ab actore, vel adverſario, ſed nec a lictore domo extrahi potuerit, vid. Ræv. *d. C.* 3. licet Cuiac. 7. *Obſ.* 16. ab exſecutore, maxime publici debiti cauſſa, recte extrahi ſcribat.

quæ inde nata ius illud ſecuta ſunt, in edicto prætoris, oſtendam. Ex quibus etiam quid anteceſſerit, facile intelligetur. Ergo quia prætor eum, qui vocatus non cavebat, permittebat in ius duci: conſequens fuit, ut eum, cui hanc poteſtatem faciebat tueretur. Inde edixit, ne quis eum, qui in ius vocatus eſt, [21] vi eximeret. Tit. *ne quis eum qui in ius voc. eſt vi exi.* Non eximitur, niſi qui aufertur ei cuius in manu, & poteſtate eſt. Nec vis eſt, niſi quæ ducenti & retinenti infertur. Nam reo utique non infertur: qui volens diſcedit.

IX. Rurſum cum duci invitum in ius nonnihil haberet dedecoris & infamiæ, argueretque contemptum eius, qui duceret: ea res cauſſam dedit ei parti edicti, quæ eſt de in ius vocando: quæ ſub eo titulo in Pandectis explicatur: qua parte prætor quoſdam accepit, ex quibus alios in totum vetuit in ius vocari; ut magiſtratus, qui imperium habent, item eos qui neceſſaria aliqua de cauſſa & Reipublicæ utili impedirentur, ne venirent, qui omnes ſingulatim enumerantur in *L.* 2. 3. & 4. in pr. *D. de in ius voc.* alios prohibuit vocari in ius ſine permiſſu ſuo; quo in numero parentem, patronum, liberos parenteſque patroni, patronæve prætor excepit; de quibus exſtat fragmentum edicti in *L.* 4 *D. eod.* adde hæredes patroni patronæ quanvis extraneos ex *L.* 2. *C. eod.* Patroni etiam uxor excepta. *L.* 1. *C. eod.* ſed ex ſententia edicti, quia dum prohibetur, patronus in ius vocari, prohibetur ne ei fiat hæc iniuria: patitur autem quis iniuriam etiam per uxorem, §. *patitur, Inſt. de iniur.* Quod cur prætor in his conſtituerit potius, quam in cæteris cauſſæ nihil erat, niſi in vocatione ineſſet aliquid, quod in perſona magiſtratuum eſſet contra ipſorum dignitatem; in perſona eorum, qui aliquo officio, & opera detinerentur, eſſet, quod illos ab ea re abduceret; in perſona autem parentis, & patroni eſſet aliquid turpe, & contra reverentiam iſtis perſonis debitam. Id autem eſt in his omnibus, ſi ducantur in ius. Duci ergo potuit iure Romano, qui in ius vocatus, non caveret: præter eos, quos modo dixi edicto prætoris exceptos. In quibus cum prætor ſimpliciter parentes nominet: tamen ſciendum eſt, id de parentibus accipiendum eſſe, qui vocentur a liberis, quos in poteſtate non habent. *L. ult. C. eod* Nam qui ſunt in poteſtate, his cum patre nulla lis, nullum iudicium eſſe poteſt, ne permiſſu quidem prætoris: niſi de caſtrenſi peculio. *L. lis nulla, D. de iud.* quod non eſt huius loci, ut explicetur.

X. Sed videbitur alicui hæc ductio in ius, de qua loquimur, aut iniqua eſſe aut ſupervacua, etiam ſi maxime quis cautionem iudicio ſiſti exigendam a reo ante putaverit. Quid enim agitur, vel potius quid agebatur olim apud prætorem, cum ad eum in ius ventum erat? an eo veniebatur ut cogeretur ut reus litem ſtatim conteſtari, & iudicium accipere? at hoc iniquum, & contra edictum prætoris, quod iubet ita edi actionem, ut ſcire poſſit reus, utrum cedere, an contendere debeat; an ut tantum apud prætorem actio ederetur? at fuit ſupervacuum, in ius ducere reum, eique tantum negotii exhibere, eius rei gratia, quæ etiam extra ius tranſigi poterat. Quid ergo eſt? Et Iuſtinianus in *Novella* 53 §. *ſed & illud*, indicat invitum reum non alio conſilio ad iudicem duci ſolitum, quam ut compelleretur litem apud iudicem conteſtari. Neque in eo queri debuit reus ſibi iniuriam fieri, quod imparatus, & omnium ignarus id facere cogeretur. Imputare enim ſibi debuit, quod cum poſſet, non caverit. Quod ſi dixerimus non debuiſſe ei denegari dilationem ad deliberandum, dummodo cavere paratus eſſet apud prætorem, quod alias potuit; fortaſſe non erraverimus. Eſt enim hoc

21) Non male tamen Azo *in Summa C. de in ius voc.* *n.* 2 qui ad ſe aditum ex domo non præſtaret, inde nec verbo vocari poſſe cenſet. Idque probatur *d. L.* 19 *&* *L.* 21. ubi vocula *interdum* opinor ſe refert ad eum, qui aditum ad ſe præſtat Et ea *L. qui in domum* 23. *de iniu* Unde Damh. *Praxi civ. C.* 59. *n.* 10. non licere domum ingredi citandi cauſſa, nec in cauſſa civili, ſed ante fores fieri denunciationem debere Nam & quod domus tutiſſimum receptaculum *d. L.* 18 eo quoque pertinet, ne occulta familiæ, ſoliſque Diis Penatibus adſpiciendi, curioſis pateant oculis invidorum Io. Paſſerat *in Lib.* 1. Cic *d LL. initio.* Domum autem accipere debemus non proprietatem domus, ſed domicilium, arg *L.* 5. §. 2. *de iniur.* Idem ergo ius domus alienæ conductæ, aut in qua degit, ut inquilinus, P Fab. & Hip. a Collib *ad d. l.* 103 ac Phil. Matth. *n.* 8. Mynſ *d Obſ.* 69 *n.* 3 Gail. 1. *Obſ.* 48 *n* 14 Quin & in navi idem ſtatuit Benvenut. Straccha *de Mercatorib. Tit. de Navib. Part.* 1. *n* 5. Et in diverſorio Conrad. Heresbach. *Epitome Chriſtianæ Iuriſprudent. Edicto X præcepti pag* 302. quod & hoc tutum hoſpiti receptum, & hoſpitii iure ſecuritatem præbeat Unde Iupiter Xenius quaſi hoſpitii præſes Plura huc facientia pete ex Speckhan, *d Q.* 56. ubi variis modis extendit ac reſtringit Ibidemque tractat, num idem ius ædis ſacræ, Monaſterii, Palatii, Epiſcopi, ſtatuæ Principis, Scholarum, &c ut. nempe, qui eo confugerunt, inviti non abducantur, add Scaccia *d C.* 46. *n.* 4 *&* 7. *ſeqq.* Sane alium citationem, verbo vel per litteras, in æde ſacra recte expediri etiam a ſæculari, vult Boves. *Sing.* 9. *n* 32 add. Aſin. *Praxi* §. 6 *C.* 1. *n* 6. Goth. *in L.* 6. §. 3 *C. de his qui ad Eccle* Incivile tamen eſſe, ſi quis inde vocetur, notat P. Gilken. *ad L.* 2 *n.* 12 *C de Ss. Eccleſ.* adde *Edict Iuſtin* 53. *C.* 10. § *ult.* & vid. Mudæ. *ad* §. *pœnales* 12. *Inſt t. de act. n* 29 *& ſeqq* Virgil. Pingitz. *Q.* 54. *& ſupra Lib.* 15. *C.* 27. *lit. C. D. ibique not.*

hoc humanius. Neque ideo ductio inutilis: utpote per quam actor alterutrum conſequebatur, aut ut caveret reus iudicio ſe ſtiturum, ſi diem ad deliberandum impetrare vellet: aut ut litem conteſtaretur.

XI. Hoc iure breviter expoſito de neceſſitate in ius veniendi cum ſit vocatus: non abs re iam extremo loco quæri poteſt, quid his rebus opus fuerit, non dico ductione: ſed omnino ullis cautionibus iudicio ſiſtendi cauſſa adverſum eum, qui vocatus nollet venire? Ut dilationem accipiat; inquis; & tamen interim conſulatur actori, nempe reus vadimonio obſtringatur ut ſi velit fruſtrari actionem, impune non poſſit: ſed in promptu contradictio eſt. Fruſtretur enim, ut libet, quid refert? an eo abſente de cauſſa cognoſci, & res adverſus eum iudicari non poteſt? Quod ſi poteſt, cur rebus non neceſſariis oneramus actorem, ut ſcilicet reum in ius ducat, aut ab eo ſatiſdationem vel cautionem exigat, in eoque laboret, ut ad ius ſuum perveniat, qui ſine ulla moleſtia, & ſine mora ad id pervenire potuiſſet? Et ſciendum eſt his rebus fuiſſe opus, ſi de re cognoſci & iudicari volumus. Quod ut fieret, veteres, ut dixi, melius eſſe ſtatuerunt. Sunt enim illa duo in hanc rem comparata, ut reus in ius veniat: item ut cum venerit, reſpondeat actori, & ut erit eius reſponſio, ita cognoſcat iudex de re, & iudicet. Quid ergo eo abſente, & poteſtatem ſui non faciente, non poteſt de re iudicari? Sane vero lite non conteſtata [22] non poteſt, quod diſertis verbis poſitum eſt a Iuſtiniano in *Novell.* 53. *de exhib. reis*, §. *ſi vero*. Et ſane iudicio non conſtituto aut erepto nec iudex quiſquam, nec cognitio iudicis aut ſententia intelligitur. Porro ita ius noſtrum eſt, ut nullum ſit iudicium lite non conteſtata; argumento hæc ſunt, & quod a lite conteſtata iudicium incipere dicitur. *L.* 1. *C. de iud. Novell.* 112. & quod non niſi lite conteſtata res dicitur in iudicium deduci *L. unic. C. de lit. cont.* quo efficitur ut non conteſtata lite nec de re cognoſci poſſit nec iudicari. Quod & in Decretalibus expreſſum eſt, in quibus legitur hic Titulus; *Ut lite non conteſtata non procedatur*. Prodeſt autem reum in ius venire ut lis cum eo conteſtetur: cum enim venerit, neceſſe habebit adverſario reſpondere: niſi pro confeſſo haberi velit, ac quicquid de re reſponderit, in eo ineſt litis conteſtatio, ut dicam ſuo loco. Quare hoc conſtituto ut litem conteſtari oporteret, de qua vellemus iudicari: eadem opera & cautionem introduci oportuit, quæ in hoc valet, ut reus in ius venire cogatur, ac tum lis cum eo conteſtetur: quod ſatis aperte Iuſtinianus ſignificat in *d.* §. *ſi vero*, *Novel.* 53. *de exhib. reis.*

XII. Quod ſi quis detur nobis locus, in quo ita ius ſit conſtitutum, ut quanvis adverſarius vocatus non venerit, poſſit tamen iudex cognoſcere, & cum cognoverit ſententiam ferre: profecto ordo omnis ſuperior in cautionibus & ſatiſdationibus exigendis, in ducendo reo, qui non caveat, tum id ius omne, quod ex ea cauſſa naſcitur tanquam ſupervacuum & inutile evaneſcet. Primum non exigemus a reo cautionem, ut in ius veniat, quia etſi non venerit, cauſſa nihilominus eo abſente recte agetur. Ob eandem cauſſam non caventem non ducemus in ius, cum eum in ius venire iuris noſtri perſequendi cauſſa non ſit neceſſe. Iam vero ductione ſublata, neque illi edicto, Ne quis eum, qui in ius vocatus eſt, vi eximat, erit locus: cum natura non poſſit eximi, qui non detineatur: neque ulti erunt, quos propter igno niniam ductionis, aut contemptum in ductione adhibitum, aut iuſtam abſentiam, excipi oportebit, quominus iis condicatur dies, quo in iure adſint: cum non ducantur. Quapropter cum aliud obtinuerit moribus noſtris in Gallia, ut ſive reus veniat vocatus, ſive non veniat, cauſſa pariter adverſus utrumque agatur, neque hoc exigemus, ut lis prius cum adverſario conteſtetur: non erit mirum, ſi toto ſuperiore iure circa vocationem in ius [23] non utamur. Nam ne Ro-

22) Quod confirmat Coraſ. *in L. ſi ſinita* 15. §. *Iulianus* 16. *de dam inf. in Summ. tract primi & 2 decreti n.* 22. *& ſeqq* ubi hanc regulam reſtringit. (r) Niſi natura rei petitæ miſſionem in poſſeſſionem non admittat, ut ſpecie *C. un. de eo qui mitt. in poſſ.* vide not. *infra C.* 11. *N.* 16. (2 Favore libertatis, *L.* 26. §. 7 *de fid. lib. L. qui ſe* 67. *de iudic.* & in cauſſa libertatis eccleſiæ, *C. cum olim* 34 *de teſtib.* In ſummariis quoque, quia non requiritur litis conteſtatio, poſſe liquidato negocio ſemper ad definitivam perveniri, docet S g. Scaccia. *t. de iudic.* 96. *n.* 17. Et ideo in cauſſis quoque matrimonii, *C. quoniam frequenter* 5. §. *porro ut lit. non cont.* putat Coraſ *d loc. n.* 22. non tam quia miſſioni in poſſeſſionem in iis non locus, quam quia Summariæ.

23) Atqui apparet, ex *L. conſentaneum* 8. *C. Quom. & quand. iud.* quod & poſt litem conteſtatam (ita enim ea L accipienda per verba extrema, *iunct. iis, quæ h. C. N. praed.*) ſi actor petierit, cogatur reus, ut ſe repræſentet, & ita realiter citetur, ac prehenſus in iudicium ducatur, vide Gœd. *de Sequeſtr C.* 1. *n* 73. Scaccia. *t. de iudic.* 96. *n.* 6. Si itaque poſt iudicium acceptum ductionis uſus, utique etiam quando lite non conteſtata iudicari poteſt. Et poſſunt cauſſæ eſſe, cur malit litem per agi actor, reo præſente quam abſente. Quid enim ſi reum coram convincere malit & expeditius poſſit. Uſu noſtrorum iudiciorum actor quidem reo, de quo mox Aſt reus actori nullam, nec iudicio ſiſti nec iudicatum ſolvi cautionem

Romani quidem eſſent uſi, ſi prius illud, quod dixi, non ſtatuiſſent, lite non conteſtata iudicio agi non poſſe. Hæc cauſſa fuit, cur in eo iure explicando non ſim longius immoratus, contentus modo capita ipſa rerum indicare, & digitum, quod dicitur, ad fontes intendere, quo admoniti lectores haberent ipſorum titulorum, qui ſunt de hoc genere, argumentum: cuius cognitionem pleniorem ſi qui vellent conſequi, ab ipſis titulis nullo negotio petere poſſent.

tionem præſtat, etſi immobilia non poſſideat, Coler. *de Proceſſ P. 3. C. 11. n. 92.* poſt alios Moller *ad Nov Elect. Sax. 5. p. 1. n. 2.* licet *text. Lib. 2. art.* poſſeſſorem ſolum reum ſatiſdatione revelet. Niſi iuſtæ cauſſa accedant, timor fugæ, vel dilapidationis, Io. Monach *Pract. iudic. P. 5. §. 3 n. 11.* Cæterum & actor reo cautionem præſtat iure civili noviſſimo qua initio litis, & antequam libellum dirigat, ſatiſdat, & de lite intra duos menſes, a die exhibiti libelli, conteſtanda, *Nov. 96. C. 1. auth. libellum C. de lit. cont.* & de eadem ad finem uſque proſequenda, ac ſi victus fuerit, decima parte quantitatis libello petitæ reo ſumptuum nomine reſtituenda, *Nov. 112. Cap. 2. auth generaliter, C. de Epiſc. & Cleric. add. edict. Iuſtin. 7. Cap. 5.* (ſicut & olim cautio decimaria præſtanda, vide *not. infra Lib. 24 C. 3. N. 5.*) Marant. *P. 6. h. t. de ſat. n. 16.* Valaſ. probe declarans *Conſ. 66. n. 1. 2. 3.* Harpr. *ad §. 2. Inſtit. de ſat. n. 43.* Sed huius cautionis uſum pleriſque locis exoleviſſe, plerique teſtantur, Sich. *ad auth. offeratur. C. de lit. conteſt. n. 13.* Hartm. Hartm. *tit 5. Obſ. 3.* Coler. *deciſ. 105. n. 2. & 3.* Sig. Scacc *1. de Iud. 101. n. 55.* Frideric. Schenck. L. B. a Tautenberg. *Progymnaſ. fori Lib. 2. tit. 6.* Valaſ. *d. Conſ. 66. n. 2.* Lancel Conrad. *de Offic. Prætoris in cauſſ. civil. v. ſatiſdatio n. 1.* Damhuder. *Praxi civ. Cap. 99. n. 5.* Merito ait Goth. *in not. ad d. auth generaliter.* alioqui egeni ſuum nunquam iudicio recuperarent, deſtituti ſatiſdatione. Contra expedire Reip. ut hæc iura in uſum revocentur, cenſet Ventura de Valentiis *Parthenii litig. Lib. 2. Cap. 13 n. 17.* Sed & Damhuder. *d. C. 99. n. 6.* quando actor extraneus aut peregrinus aut vagis inerrans ſedibus, adhuc poſſe reum citatum petere ab eo ſatiſdationem, qua ſe ſubmittat iudicio, deinde ut in eadem iuriſdictione eligat certum habitationis domicilium. Iure vero Saxonico huius cautionis de perſiſtendo in lite, frequentem uſum eſſe atteſtatur Coler. *deciſ. 105. n. 4. & ſeq.* poſt Fachs. *Diff. iur. Civ. & Sax. 40. inter diff.* Zobel. *10. P. 1. n. 5.* Et aliis quoque multis locis eius uſum ſupereſſe, poſtquam hæc ſcripſi comprobaſſe pluribus reperi Hering. *de fideiuſſ. C. 10. n. 117. & ſeqq.* Et iure ſane Saxonico duæ cautiones actori iniunctæ: 1) Guaranda, *die Gevver* (unde guarentizare, *C. un. pr. de lege Corradi 2. Feud. 34. pr.* pro evictionem præſtare, Hot. *in lexico feud.* vel liti ſubſiſtere: ac defenſionem ſuſcipere, Cuiac. *ad d. C. un. ipſ. 4. F. 38.*) repromiſſio defenſionis rei contra alios actores, qui ſuper eadem cauſſa litem moturi, ut Coler. *ad C. 2. iunct. C. dilecti 8. ſupra de Except. n. 17.* De cuius præſtanda neceſſitate, forma, viribus item & effectibus, vide *Nov. Elect. Sax. 4. p. 1.* ubi Moller. Coler. *deciſ. 109.* Zang *de Except. P. 2. C. 20.* Hering. *de Fidei C. 10. n. 137. & ſeqq.* Hart. Piſt. *Lib. 4. Q. 23.* Wehner. *Obſ. pract. de V. S verb. Gevver.* Iac. Schult. *Addit. ad Bruner a Sole Loc. comm. verb Guaranda & ad d. deciſ.* Coleri *109. & noviſſ. obſ forenſ 14 & 2. ſeqq.* Hanc in exſecutivis non præſtari monet Coler. *de Proceſſ. exſec. p. 4. C. 3. n. 12* eo quod finis eius ſit, ne mutetur poſtea libellus, iſque in executivis ceſſet. Quam ſententiam probat, aſt rationem perſtringit Iac. Schult. *add. ad d. dec. 109. n. 18 & ſeqq.* ubi vide. 2) Pro expenſis & reconventione, vulgo *Vorſtand* cuius finis, ne victus actor e iudicio ſe proripiens ac regione excedens reum ſumptibus & mutua petitione fruſtretur. Unde & huic cautio iudicio ſiſti ſive de proſequenda lite ineſt, Modeſtin Piſt *Q. 115.* De qua vid. *Nov Elect. Sax 5. p. 1.* ibique Moller. Zang *d. C. 20.* Mod. Piſt. *d. Q. 115.* noviſſime Iac. Scult. *Obſ. forenſ 17.*

Digitized by Google

C A P. X.

Ei qui in ius vocatus non venit mulctam a magiſtratu poſſe irrogari.

Tranſitio & diviſio. I.
In ius vocato, nec eunti mulctam irrogari, & quatenus a iudice; & quæ eius remittendæ cauſſa. II.
Poteſt irrogari mulcta etiam ei qui ſit ex aliena iuriſdictione, ſi vocatus ire contempſit, & quare. III.

I. SEd redeo ad ius Romanum. Cum ergo id agerent veteres, ut reus vocatus in ius veniret, quoniam ita ſtatuerent iudicium ante eſſe non poſſe, & tamen iudicium, ſi poſſet, fieri vellent adverſus eum qui iudicio provocatur: primam quidem eam rationem inierunt quam ſupra dixi, ut vel duceretur reus in ius, vel obſtringeretur promiſſione iudicio ſiſtendi cauſſa, quo adduceretur metu pœnæ promiſſæ, ut ad diem conſtitutum veniret. Sed hac non contenti duas præterea pœnas conſtituerunt in hanc rem adverſus eos qui ſui poteſtatem non facerent; mulctam, & poſſeſſionem bonorum eorumque diſtractionem: ex quibus prior eſt adverſus omnem, qui in ius vocatus non venit, ſive caverit quid, ſive non caverit. Altera patet latius: conſtituta eſt enim adverſus omnes, qui non faciunt ſui poteſtatem, ſive vocati ſint, ſive non ſint, nec tantum ſi conſulto abſint, ſed etiam ſi non conſulto.

II. Placet ergo ei, qui in ius vocatus non venit, mulctam pro iuriſdictione [1] iudicis irrogari poſſe, ex cauſſa tamen, nempe ſi dolo malo non venerit, eum ſcilicet [2] & deberet & intelligeret ſe debere: alioqui & ei remittetur mulcta; qui ita non venit, quia dies eſſet [3] feriatus, aut quia non pertineret ad iuriſdictionem eius ad quem vocatur, (neque enim aut eo die, aut ad talem iudicem quiſquam venire cogitur: nec ut veniat actoris quidquam intereſt) remittetur & homini [4] ruſtico & imperito, qui propter inſolentiam

1) Contumacia enim non ſolum pars offenditur, ſed & iudex, & ſic mulctatur ratione iudicis, ut non obſtet *L. ſatiſque 19. de in ius voc.* Nicol. Carbon. *Practica Lib. 3. C. 4. n. 2.* Poteſt & citationi inſeri comminatio, ut niſi compareat reus, certam pœnam parti ſolvat. Qui ſi ſe non ſtiterit, ſolvere cogitur, etſi adverſarii nihil interſit, immo etſi probari poſſit eum temere litem movere, ita poſt Caroc. *Deciſ. 19. n. 60.* Iac. Schult. *Obſ. forenſi 3. n. 87.* modo tamen ut ibid. *n. 89.* præcepta huiuſmodi comminatoria, cum cauſſæ cognitione, aut ſaltem expreſſione facta. Cæterum ni vererer, ne moles libri nimium excreſceret, aliqua hic referrem, haut vulgaris uſus de contumacia eiuſque ſpeciebus ac coercitione, &c. (Plurima quippe ſuppetunt) ex Rebuff. *in Conſt. Reg. Tomo 3. de Contumacia.* Sig. Scaccia. *1. de Iud. 91. & ſeqq.* Lanc. Conrad. *de Offic. Præt. in cauſ. civil. v. contumacia.* Maranta *Speculi P. 6. membro iudicii 2.* Damhud. *Praxi civil. C. 77. & ſeqq.* Octav. Veſtr. *Lib. 4. Pract. aulæ Rom. C. 4.* Suarzenthaler. *Proceſſ. Lib. 1. act. iud. præparat. 2.* Io. Pelz *Proceſſ. tit. 14. & ſeq.* Goldſtein. *Proceſſ. C. 13. & ſeqq.* Iac. Ayrer. *Proceſſ. P. 1. C. 4. Obſ. 3.* Ot. Meland. *Com. Cameral. Part. 6.* Trentacinq. *Lib. 2. Pract. Reſol. tit. de iudic. Reſol. 12.* Magon. *Cynoſ. advoc. C. 30.* Rulan. *de Commiſſar. P. 1. Lib. 2. C. 13. & Lib. 5. C. 7. & Part. 4. Lib. 8. C. 4.* Peregrin. Iannin. *Lib. 1. de Citat. reali. C. 2. n. 162. & ſeqq.* Celſ. Bargal. *Lib. 5. de Dolo C. 21.* P. Frider. *Lib. 2. de Mandat. iud. C. 17.* Coler. *de Proceſſ. executiv. P. 1. C. 2.* Moll. *3. Semeſtr. 38. & 4. Semeſt. 42.* Bender. *de Reviſione Camer. 31.* Cuiac. *18. Obſ. 30.* P. Fab. *ad L. 199. de R. I.* Weſ. *ad L. 13. §. 1. & ſeq. C. de iud.* Cagn. *ad L. an. Si quis ius dic. non obt.* Biar. *in L. Diffamari. C. 8. n. 19.* Tiraquel. *Tr. ceſſante cauſſa P. 1. n. 59. & ſeqq.* Ant. Corſet. *Sing. 62. & ſeqq.* Marſil. *Sing. 87. 91. 283. & 377.* Io. Ant. Trigon. *Sing. 88.* Menoc. *Arbitr. Q. 36. & Caſu 153. ac ſeq. & C. 280. ac 521.* Pacian. *Lib. 1. de Probat. C. ult.* Gail. *1. Obſ. 60.* Mynſ. *4. Obſ. 58.* Wurmſ. *Lib. 1. Obſ. tit. 7. auctores diff. iur. civ. & Sax. P. 1. diff. 12. & plurib. ſeq.* Matt. de Afflict. *deciſ. 29.* Viv. *Lib. 1. deciſ. 138. & Lib. 2. deciſ. 283.* Teſſaur. *deciſ. 265.* Coler. *deciſ. 104. & 280. & Conſ. 1. n. 13. & ſeqq.* Meichſner. *deciſ. Cam. Tom. 2. Lib. 2. deciſ. 1. paſſim.* Hart. Piſt. *Lib. 1. Q. 3.* Rauchbar. *P. 1. Q. 1.* Andr. Scheffer. *P. 1. Q. pract. 6. &c.* Num in pœnam contumaciæ ædes dirui poſſint, & de ſententia *L. 20. Comm. divid.* vid. Duar. *1. Diſput. 4.* Ræv. *1. Var. 7.* Cuiac. *13. Obſ. 29.* Robert. *3. Sent. 4.* Radulſ. Forner. *3. Rer. Quotid. 3.* Marc. Lycklama *Lib. 5. Membranar. Ecloga 11.*

2) Neque enim aliter vere contumax. Sive a contemnendo dicatur, ut Verius longus *de Orthographia pag. m. 331.* & Cujac. *18. Obſ. 30.* ſive a tumore aut a verbo *contumeo*, quod inflari eſt ac ſuperbire, ut poſt alios Scaccia. *1. de Iud. 91. n. 3.* Statuunt autem DD. noſtri contumaciam aliam veram, aliam fictam, quibus addunt quidam præſumptam, Damhud. *Praxi civil. C. 78. n. 25. & 28. &c.*

3) Vide *infra Lib. 24. C. 7.* ibique not. *N. 1.*

4) Quia dolus in ruſtico non ita præſumitur, ita poſt Curt. Menoch. *Arb. Cap. 194. n. 50.* Celſ. Bargal. *Lib. 3. de Dol. C. 1. n. 42.* Alia ratio eſt *in L. 2. C. de in ius voc.* Quia nemo tam ruſticus, quin Patronum ſuum, a quo manumiſſus eſt: Hic vero creditur, quod Iudicem competentem non cognoſcat, Carbon. *Practica Lib. 3. C. 4. n. 10.* vid. Choppin. *Lib. 2. de Priv. ruſt. P. 1. C. 2.* De aliis cauſſis excuſantibus a pœna contumaciæ præter pleroſque laudatos *h. C. N. 1. & C. præced. N. 17.* vid. Menoch. *Arb. C. 153.* Damhuder. *Praxi Civ. C. 75.* Contard. *in L. diffamari C. 2.* Sebaſt. Medic. *de Caſibus fortuitis P. 1. Q. 4.* Wehner. *Obſ. Pract. de V. S. v.* Ehehafften Oldend. *Cl. 1. Act. 6. pag. 65. ac ſeq.* Speckan. *Cent. 1. Q. 56.* Enimvero ut quis ceu contumax plectatur, neceſſe eſſe traduut, ut adverſarius in termino compareat, ac contumaciam accuſet. Nec iudex non inſtante parte in contumaciam procedere ſolet, vid. Contar. *in L. Diffamari C. 5. n. 85. & ſeqq.* Lancell. Conrad. *de Offic. Prætoris in cauſſ. civil. 5. contumacia n. 9. & 10.* Afin. *de Execut. §. 3. Cap. 15.* Gutierrez. *Lib. 1. Pract. Q. 47.* Franc. de Caldas *ad L. 3. C. de in integr. reſtit. in definitione v. Laſit. n. 6* Ubi diverſum ſtatuit, ſi ex Statuto contumacia inducatur, ut pro confeſſo ſit, qui certo die ſe non ſtiterit. Quia, ait, quando pœna ipſo iure infligitur, factum hominis non exigit. Contra in terminis Coler. *de Proceſſ. P. 1. C. 2. n. 17.* Scaccia. *1. de Iudic. 91. n. 18.*

Digitized by Google

tiam forenſium rerum, an venire deberet, & quo non intellexit. Hæc ad iſtam ſententiam Paulus in *L.* 2. *D. ſi quis in ius voc. non ier.*

III. Neque vero in mulcta irroganda quidquam putatur referre, utrum is, qui vocatus eſt, ex eius iurisdictione ſit ad quem vocatus eſt, an ex aliena. Sine exceptione qui ad prætorem, vel alios, qui iuriſdictioni præſunt in ius vocatus eſt iubetur venire; quanvis ſit ex aliena iuriſdictione: & ita iubetur ut niſi veniat, poſſit mulcta damnari. *L. ſi quis ex aliena, D. de iudic. d. L.* 2. *D. ſi quis in ius voc. non ier.* Ei quidem, qui extra territorium, aut ſupra iuriſdictionem ſuam ius dicit; impune non paretur. *L. ult. D. de iuriſd.* ſed hoc tunc vere dicitur, cum conſtat, non eſſe iuriſdictionem magiſtratus. Quod ſi de eo *s* dubitetur, recte viſum eſt eſſe prætoris exiſtimare, cum ſua ſit iuriſdictio: vocati autem non contemnere auctoritatem prætoris. *d. L. ſi quis ex alie.* Ut hoc ipſo, quod contemnatur eius auctoritas, iure mulcta infligatur: atqui paulo ante dicebamus mulctam ei remitti, qui indicta die non venit, quia non erat ſubiectus iuriſdictioni eius, ad quem vocabatur. Et quid intereſt, quæſo utrum non iudicatur mulcta, an ita iudicatur, ut exigi non poſſit? Sane vero nihil intereſſet, ſi ſemper ei mulcta remitteretur. Verba enim cum effectu accipienda ſunt. *L.* 1. *D. quod quis iur.* Sed fieri poteſt, ut eum indicta erit mulcta & apparitor iuſſu prætoris mulctam exactum venerit, pergat reus non venire quo caſu recte mulcta ab eo exigetur. Quod ſi tum veniet ad prætorem, & docebit ſe ideo non veniſſe quia eius iuriſdictioni ſubiectus non eſſet: ibi locus eſt cum mulcta ei remittatur. Ergo ſaltem hac ratione fruſtra indicetur mulcta, dixerit quiſpiam: quia ſemper erit in poteſtate rei, venire in ius & privilegia ſua allegare. Imo hac ipſa ratione ideo utile, quia reus metu mulctæ excitatus in ius veniet privilegia ſua allegaturus, quod ſine mulctæ irrogatione fortaſſe non feciſſet.

s) Ita plerique diſtinguunt vid. Corſet. *Sing.* 149. *n.* 2. Gœd. *de Sequeſt. C.* 1. *C. n.* 5. *& ſeqq.* Cagn. *ad L. ult. de iuriſd. n.* 43. Buſius *ad d. L.* 5. Matth. Steph. 1. *de Iuriſd.* 33. *n.* 18. P. Weſ. *Conſ.* 5. *n.* 11. *& ſeq.* Viv. *Lib.* 2. *Deciſ.* 274. *n.* 10. *& ſeq.* Georg. de Cabedo. *P.* 1. *Deciſ.* 22. *n.* 6. *&* 7. Bronch. 1. *Enant. Aſſ.* 23. P. Greg. 2. *de Appell.* 15. *n* 7. *& ſeq.* Damhuder. *Praxi civil. C.* 74. *n.* 3. Speckh. *Cent.* 3. *Cl.* 4. *Q.* 1. docens qua proteſtatione hic utendum ſit venienti, quo de vid. & Martin Nigrin. *de Proteſt* v. *teſtatio. n.* 22. Unde ſi Studioſus ad Prætorem loci vocatus, non tenetur venire quia privilegium notorium, niſi dubium, an ſit Studioſus, vide Rebuff. *Privil ſchol.* 154 Et ut teneatur oportet, cauſſa ea in citatione expreſſa ſit, quæ ſi vera eſſet, citatus ſortiretur iuriſdictionem citantis. Bover *Sing.* 9. *n* 28. *& n.* 33. Quod notatu dignum. Itemque ut citatio eum in territorio comprehenderit, Marc. de Mantua *Sing.* 42. *&* 45. Cæterum quando Citatio extra territorium ſive Provinciam licita, & ut expediatur per litteras ſubſidiales, mutui compaſſus, &c vid. Gail 1. *Obſ.* 56. Bover. *d. Sing.* 9. *n.* 9 *& ſeq.* Scacc. 1 *de Iudic.* 33. *n.* 6. *& C.* 40 Cagnol. *ad d. L. ult. n.* 37 Wurmſer. *Tit.* 6. *Obſ.* 9. Roſb. *Proceſſ. tit.* 23 *n.* 5. Marant *P.* 6 *tit. de citat. n.* 40. Rulant. *de Commiſſ. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 4. *n.* 14 *& ſeqq.* Weſ *Conſ.* 97. *n.* 2. *&* 3 Coler. *Conſ* 6. *Proceſſ. exſec. p* 3. *C.* 7. *n.* 27. *& ſeqq.* Ubi *n.* 32. formam talis citationis refert.

CAP. XI.

Quæ ſit pœna adverſus omnes qui ſui poteſtatem non faciunt, neque defenduntur: & qui ſint in hac cauſſa: tum ad titulum, quibus ex cauſſis in poſſeſſionem eatur.

Rerum nexus; pœnæ neceſſitas; opportunus tractationis locus. I.
Pœna illorum, qui nec ſui poteſtatem faciunt, nec defenduntur, miſſio eſt in poſſeſſionem ſuorum bonorum. II.
Auctoris propoſitum, & methodus. III.
Exponitur edictum, quo in poſſeſſionem bonorum mittuntur a prætore creditores, ſervandæ rei cauſſa. IV. & ſeqq.
Quid ſignificent illa prætoris verba: Si neque poteſtatem ſui faciet, neque defendetur. V. & ſeqq.
Aliquem non defendi ex eo facile æſtimari, quicunque iure ipſo defenditur, aut facto ſuo, vel alieno. VI.
Iure ipſo *quis defendatur. Conciliatio Veterum Iuriſconſultorum.* VII. VIII.
Item quis facto ſuo, vel alieno. *Qualis iuſta ſui defenſio a ſe habita vel ab altero; quæ non ſit talis.* X. XI.
Exponuntur edicti illa verba: in bona eius. *Error veterum Interpretum notatur.* XII.
Quod ex hac parte diſcrimen inter actionem, quæ in rem, *& eam quæ* in perſonam; *& inter ius civile ac canonicum.* XIII.
Omnes qui non defenduntur, etiam pupillos, & furioſos bonorum poſſeſſionem pati. XIV.
Exceptio. XV.
Quid ſi cui debitori defuncto nondum heres extitit, aut non is qui ſit idoneus defenſor. XVI.
Creditores in poſſeſſionem miſſos ex eo tempore cogi decedere, quo defendetur is, de cuius bonis agitur. XVII.
Quare prætor in edicto habuit de pubere præcipuam Clauſulam. XVIII.
Quæ reſtituenda creditoribus, & permittenda, antequam iubeantur e poſſeſſione decedere. XIX.

I. SEd neque hæc pœna, neque prior illa quæ naſcitur ex promiſſione deſerta ſatis eſt, ut actori conſulatur adverſus eum qui in ius non venit: ſi non aliter quam lite conteſtata ac proinde non niſi reo in ius veniente iudicari poteſt: ut iure Romano non poſſe iam diximus, & pro explicato habendum eſt. Multa enim poſſunt incidere, cur [1] non poſſit reus in ius vocari: vel quia defunctus ſit debitor, nec quiſquam ei ſit heres; vel quia fruſtra conveniatur, ut furioſus: vel quia latitet, aut ita abſit, ut non ſit eius conveniendi copia: poteſt etiam incidere tempus, cum vocatus fuerit, & ſatis dederit etiam iudicio ſiſtendi cauſſa: neque ab eo, neque ab alio quovis quidquam eo nomine poſſit extorqueri. Quid enim ſi is abſit, ut non magis de pœna promiſſa cum eo agi poſſit, quam de re principali? Fideiuſſores autem aut nulli ſunt, aut non ſunt ſolvendo? Itaque hoc reſtabat, ut ſi in omnem eventum actori conſultum volumus, conſtitueretur ea via, qua etiam iudicio non conſtituto uti liceret, ad ius ſuum conſequendum adverſus omnes, qui ſui poteſtatem non facerent, neque defenderentur: ſive hi in rerum natura non eſſent, ſive eſſent & latitarent, ſive in ius eſſent vocati, ſive non eſſent, ne quando hi poſſent impune creditores deludere, & actionem fruſtrari. Quæ & conſtituta eſt. De qua iam aggrediar dicere. Cum enim ad fruſtrationem eorum retunden-

1) Non tamen hic ſine omni citatione ad immiſſionem venitur. Quin perquiritur reus, & ſi reperiri nequeat ad domum vel per edictum citatur, &c. vid. *not. ſupra C. 2. N. 5. 6. &c.* Et furioſi curator citandus, ut *d. C. 2. N. 21. in fin.*

2) Et remedium quidem hoc coercendæ contumaciæ, non ſubſidiarium aut regulariter prohibitum, ſed ordinarium ac permiſſum, ut Gœd. *ad Rub. extr. de ſequeſt. n. 21. & C. 1. n. 109.* Ubi fuſe ac ſolide hoc contra Claudium adſtruit *n. 111.* Nam etſi extraordinarium certo ſenſu dici poſſit, nimirum quia non iure actionis, ſed mero Prætoris officio expeditur, nec olim quoque certa & ſolemni formula impetranda miſſio. Ordinarium tamen eatenus recte uſurpatur, quatenus certa iuris parte, edicto nimirum perpetuo propoſitum, verbis promiſſionem & ius regulare arguentibus *Tit. D. Quib. ex cauſ. in poſſ. & extr. de eo qui mitt. in poſſ.* Nec ſubſidiarium cenſeri poteſt, quod una cum aliis remediis quandoque competit, electione data actori, ut *L. 8. C. Quom. & quand. index.* nec ſi eſſet, ideo regulariter vetitum propterea cenſendum. Cauſſæ denique beneficii, ut *h. C. N. 16.* ſpecialiter exceptæ, regulam contrariam arguunt. Nec concinna ratio Claudii. Ex contumaciæ ſolum cauſſa miſſio conceditur, non igitur ordinario iure. Nam immo quæcunque ſint remedia iure prodita, ſuas certas, eodem iure conſtitutas cauſſas habent, ex quibus ſolis oriuntur, & extra quas non competunt.

dendam, qui in ius vocati aut requiſiti, ut vocarentur, poteſtatem ſui non faciunt: tum ad conſulendum actori, qui iudicio experiri non poteſt, ſit comparata: omnino aut nullus, aut profecto unius hic idoneus locus eſt, in quo de ea dicatur: tametſi in Pandectis, & Codice poſt titulos de Re iudicata, de ea tractatum eſt.

II. Eſt igitur hæc via, cum adverſus fruſtrationes, tum adverſus abſentes omnes, & qui nuſquam ſunt, conſtituta: Si is, cum quo actio eſt poteſtatem ſui non faciat, neque defendatur, mittitur adverſarius in [2] poſſeſſionem locorum eius, ut ſi res exigat; etiam diſtrahantur: id quidem olim ſimpliciter, & abſciſe abſque [3] ulla citatione alia. Hodie vero; qui vadimonium deſerunt, & promiſſionem iudicio ſiſtendi cauſſa factam, ita citandi ſunt, ut ii qui poſt litem conteſtatam per contumaciam abſunt, ttibus ſcilicet edictis, vel uno peremptorio. [4] *Novel* 69. & 112. idque iure eſt pontificio confirmatum *C.* 1. *extr. de dilat. C. ult. ut lit non conteſt.* Illa differentia eſt, quod lite conteſtata agitur cauſſa & ad ſententiam definitivam proceditur, ut poſtea explicabitur: lite non conteſtata, agi cauſſa non poteſt, ſed adverſarius, ſi quidem actor per contumaciam abſit, a iudicii obſervatione abſolvitur. *d. Nov.* 53. *C.* 1. Sin reus abſit, actor, ut dixi, in bonorum poſſeſſionem mittitur. Ulpianus in *L. item*, §. *cæterum*, D. ex quibus cauſ. mai. *Cæterum ſi non exſiſtebat defenſor, æquiſſimum erit ſubveniri, eo potius, quod qui non defenduntur, ſi quidem latitent, prætor pollicetur, ex edicto in bona eorum mittere: ut ſi res exegerit, etiam diſtrahantur. Si vero non latitent, licet non defendantur, in bona eorum mitti.* Paulus in *L. ſatiſque*, D. de in ius vocand. *ſatiſque pœnæ*

[2] 3) Ergo ne & ſine cauſſæ cognitione? Hoc enim conſequens per not. *ſupra Cap* 2. *N.* 2. Proinde & ſine decreto (quia decretum in rebus quæ altera ſolum parte præſente, nec citato adverſario expediuntur, non dicitur, de quo A. Fab. 10. *Err. Prag.* 6.) Ita ſane Cuiac. 10. *Obſ.* 13. decreto Prætoris non indigere creditores, (quia hoc omne ex ordine & edicto poſtulatur,) ſed iuſſu eius ac permiſſu. Permitti autem non ſimpliciter poſſideri, ſed ex edicto. Et hanc miſſionem ſine cauſſæ cognitione fieri, A. Fab. *d. Err.* 6. *pag.* 323. & Schifordegher. *Lib.* 1. *ad* A. Fab *Tr.* 7. *Q.* 3. Contra Sc. Gentil. 1. *de iuriſd.* 24 decernere hic Prætorem, ideoque cauſſa cognita. Qui idem cum DD. vulgo duo decreta agnoſcit. Et ſummatim hic examinari negocium probant vulgo ex *Nov.* 53. *C.* 4. §. 1. Ac facit *L.* 9. *C. de bon. auct. iud.* ibi: ſi & debitore tuum eſſe conſtat Quin & vocatur decretum, *L.* 3 *pr. Ne vis ſiat ei*. Verum *d. C.* 4. §. 1. & *d. L.* 9. de miſſione, quæ fit contra latitantes, & ita ex alia edicti parte, *L.* 7. §. 1. *Quib. ex cauſſ. in poſſ.* quæ vulgo ex (a decreto dicitur, loquuntur. Et decretum ſane ſtrictiori acceptione non dicitur ſine cognitione cauſſæ Latiori autem quicquid Prætor ius dicens pronunciat, vid Ræv *Proerib.* C. 8. At ſi qua hic cognitio, ea eſt de contumacia, Coraſ. *in L.* 15. §. *Iulianus* 16. *de dam. infect. Summ.* 1. & 2. *Decreti n.* 6. & *n.* 13. non de meritis cauſſæ Pœna enim hæc eſt contumacis. Contumax autem eſſe poteſt, etſi iuſtam cauſſam foveat, *L.* 73. *pr. de iudic* Quare hic ſi reus die conſtituto ſe non ſiſtat, eius contumaciam actor accuſabit, de qua ubi Iudici conſtiterit in bona ire iubet Prætor, etſi de iure actori non ſatis appareat; tum per verba edicti, *L.* 2. *pr. d. titul.* tum per *L. pen* §. *pen.* ibi: *ea tantum occaſione*, &c. *Codic. de praſc* 30. *ann.* Ac etſi miſſio hæc ex edicto poſtulanda, non tamen iure actionis, ſed mero ſeu ut vulgo nobili) ius dicentis officio, Coraſ. *d. n.* 13. Gœd. *de ſequeſtr. Cap.* 1. *n.* 109. *p.* 162. & *n.* 111. *p* 169. Et poteſt hæc petitio voce fieri, nec oportet libellum in ſcriptis porrigi, vid. Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 3. *n.* 108. & *n. ſeqq* & quos citat ac in ſimili Zuchart *de Miſſ in poſſ. ex L. fin. C. de edict. D Adr. toll. n.* 91. & *n.* 282. & *ſeq* Quis vero Iudex immittat, & an delegatus quoque alius quam Principis, vid. Zuchart. *d. loc. n.* 264. & *ſeqq.* Gœd *d C.* 1. *n.* 69. & *ſeqq.* & cuius imperii ſit ita mittere, Vaud. 2. *Q.* 35. Confer. *ſupra Lib* 17. *C.* 8. *N.* 27. Quid ſi bona in alio territorio? Zuchart. *d. loc n.* 276. & *ſeqq.* Covar. *Pract. QQ. C.* 10. *n.* 4. Iure Saxonico miſſionem ex primo decreto non agnoſci notat Coler. *de Proceſſ executiv. P.* 1. *Cap* 2. *n.* 18 & *P.* 3. *Cap.* 10. *n.* 5. *ac Deciſ.* 134. *n.* 12. Quippe eo iure contumacia litis damno coercetur. Emiſſis namque tribus edictis citatoriis per intervalla 14. dierum, unove peremptorio vid. *N. ſeq.*) ſui copiam non faciens condemnatur, actore id petente & contumaciæ pœnam urgente, (abſque hoc enim ſecus, vid. *ſupra C.* 10. *N.* 4.) in cauſſa, ſub conditione ea, ni legitimas abſentiæ cauſſas docuerit, *biz auf Ehehafft und behelffliche Widerrede.* Quæ quomodo & intra quod tempus probandæ, vid Coler. *d. C.* 2. *n.* 21 & *ſeqq.* Ni probaverit, iudicatur reus, *dax er nunmehr biz auff die Hulffe erſtanden*, & condemnatur ad omnia petita, nec aliter contra eum executio inſtituitur captione pignorum, & translatione poſſeſſionis in actione in rem, quam ſi legitime iudicio convictus & cauſſa, eiusque meritis cognitis, iudicatum eſſet, Coler. *d. C* 2. *n.* 29. & *d. C.* 10. *n* 5. Et miſſus itaque in poſſeſſionem vere ſtatim poſſidet, fructusque percipit, eoſdem tamen in ſortem imputat, donec credito ſatisfactum. Quod ſi urgeat ſolutionem poſt lapſum 6. ſeptimanarum ad diſtractionem rei, in quam miſſus eſt creditor, venitur, vid. Coler. *Deciſ.* 134. *n.* 10. & *ſeqq* Quæ autem forma ſubhaſtationum in foro Saxonico quis effectus, &c. vid. *Nov. Elect Sax.* 32 *P.* 1. item *Conſt. Auguſti Elect. poſt convent Torgenſ. Anno* 1583. *edita* & *Interpr. iuris Sax* citati *infra C.* 13. *N.* 1.

4 . Fac. *L.* 8. *C. Quom* & *quand. iud L.* 6 §. 4 verbis: poſt edictorum ſolemnium citationem, *Cod. de his qui ad Eccleſ. confug.* ex qua Hier. Schurf. *Cent.* 1. *Conſ.* 9. *n.* 7. contendit etiam in miſſione ex 1. decreto neceſſariam eſſe citationem Attamen in eadem Peremptoriam non requiri, cum ſit modici præiudicii, nullum poſſeſſionis vel dominii in ius transferens, firmat Coraſ. *in L.* 15. §. *Iulianus* 16. *de dam infect. Summ. Tract.* 1. & 2 *decreti n.* 9 Confer. Gœd. *de Sequeſtr. C.* 1 *n* 74 Parlador. 2. *Rer. Quotid* 6. Iure Saxonico etſi contumacia inducatur, tres citationes ut præceſſerint, requiri videatur, tum per textus *Lib* 3. *art. art.* 39 verſ. *Alſo thut man auch zum andern und dritten mal*, &c. & *Lib.* 1 *art.* 41. & 67. tum ex communi doctrina, quod ubi contumax pro confeſſo habetur una pro tribus peremptoria non ſufficiat: attamen uſu forenſi contra obtinere, modo unum edictum tantam dilationem, quantam tres alias, citationes tribuat citato, poſt Hartman. Piſter. *P.* 1. *Q.* 5. *n* 9 teſtatur Coler. *Proceſſ. P* 1. *Cap* 2 *n.* 14. Quia nec abſolute hic pro confeſſo, ſed quatenus legitimum impedimentum non probavent. Confer Moller. *ad Nov Elect Sax.* 3 *Parte* 1. *n.* 18. & *ſeqq* De peremptoria citatione & quando una ſufficiat, quando aliæ præcedere debeant, deque eius viribus in genere, conſule Matthetilan. *ſing.* 130. & 2 *ſeqq.* (*ubi* Gabr. Sarayna *in annot.*) & *ad L.* 2. *Cod. Quomodo* & *quand. iudex* Sichard. *ad L* 2. & *ſeqq.* maxime ad *L.* 8. *Cod eod.* Menoch. 1 *Arb. Quaſt.* 59. Wurmſer. *Tit* 6. *Obſervat.* 1. & *ſeqq* Frider. *Lib.* 2 *de Mandat iudic Cap.* 17 Scaccia 1. *de Iudic* 91. *n* 21 & *ſeqq* Rosbach. *Proceſſ. Tit.* 25 *n* 37 & *ſeqq.* & *n.* 99 & *ſeqq.* Quod ubi de privatione iuris agitur, una pro tribus non ſufficiat, Scaccia *d. loc n* 25. Frider. 2. *de Mand. iudic.* 2. 2. item ubi de privilegii amiſſione, maxime in Scholaſticis, Rebuff. *Privil ſchol* 140. Quibus item aliis modis præter ante citatos Barer *in L. Diffamare C.* 6. *n.* 44. & *ſeqq.* Caſ. Contard, *ibid. C.* 4. *n.* 31.

pœnæ ſubire eum, ſi non defendatur, & latitet. Certum eſt enim, quod mittitur adverſarius in poſſeſſionem eius.

III. Quod quia pluribus verbis indiget, & argumentum eſt illorum Titulorum qui ſunt in Pandectis; *Quibus ex cauſſis in poſſeſſionem eatur*, item *De rebus auctor.* iudic. *poſſid.* & ſequentium: dicam de eo quod res poſtulat, perſecutus ſingulatim eorum titulorum ſententiam & ordinem: ut ſi non omnia fortaſſe, quæ in his ſont, ſubtilios & minutius exſequar: nihil tamen deſit, quod ſit ſatis ad intelligendum id, quod eſt in perſecutione iuris noſtri adverſus indefenſos, & ſententiam eorum titulorum plane cognoſcendam.

IV. Quorum in bona mittantur creditores rei ſervandæ cauſſa (ſic enim in *L.* 1. & *L.* 3. *quib. ex cauſ. in poſ. eat.* & paſſim ſub his titulis & alibi appellatur ea poſſeſſio qua creditoribus cavetur ad rem, de qua agitur, illis ſervandam. *L.* 5. *§. ſi plures*, & ſeq. *D. ut in poſ. leg.*) quorum, inquam, in bona hac gratia mittantur creditores, complexus eſt edicto prætor his [5] verbis, ut quidem refertur edictum in *L.* 2. *D.* quib. ex cauſ. in poſ. eat. *In bona eius, qui iudicio ſiſtendi cauſſa fideiuſſorem dedit, ſi neque poteſtatem ſui faciet, neque defendetur, ire iubebo.* Ait, *eius qui iudicio ſiſtendi cauſſa fideiuſſorem dedit*. An quod non alterius bona iubentur poſſideri quam qui iſtius rei nomine dedit fideiuſſorem? At innumeros eſſe poſtea conſtabit, in quorum bona mittantur creditores: quanvis illi, de quorum bonis agitur, nihil iſtius caverint: imo quanvis ne vocati quidem fuerint in ius, atque adeo quanvis pupilli ſint, aut furioſi. Et ne abeamus longius, modo retulimus Ulpiani, & Pauli verba, in quibus ille ſcribit generaliter in bona eios mitti, qui non defendatur: hic autem diſerte dicit eum qui latitet, & faciat, ne poſſit in ius vocari, hanc pœnam ſubire, quod mittitur adverſarius in poſſeſſionem bonorum eius. Quid ergo ſibi vult illa adiectio in edicto? Et dicendum eſt, ſi nihil deſit edicto, ideo prætorem de eo, qui cavit iudicio ſiſtendi cauſſa, & non tantum de eo, qui cavit, ſed qui etiam fideiuſſorem dedit: nominatim edixiſſe, quod potuerit maxime de eo dubitari. Ut ſi in huius bona mittit prætor, de quo præcipua dubitatio eſſe potuit, intelligetur eadem opera prætorem in aliorum, qui non defenduntur, nec fideiuſſorem dederunt, bona multo magis miſſurum. Etenim magis cautum eſt creditoribus ab eo, qui promiſit, ſe iudicio ſtaturum, & fideiuſſorem dedit, quam ab eo qui nihil ſatis dedit: illi enim fideiuſſorem convenire poſſunt, & rem ab eo ſervare, ut maxime non poſſint a principali debitore; quod ſi his nihil obſtat hæc cautio, quo minus impetrent miſſionem in bonorum poſſeſſionem rei ſuæ ſervandæ cauſſa: multo citius id impetrare debebunt, qui ad rem ſuam ſervandam nihil cautum habent. Sed dixerim potius locum a compoſitoribus Pandectarum & ab aliis imperitis detruncatum nobis traditum eſſe: cum Ulpianus eo loco, quem ſopra retuli, ſcribat, ſi quis non defendatur in bona eios mitti, & addit prætorem id polliceri edicto. Et ſane nihil fuit facilius, quam particulam etiam demi ex edicto ab his, qui vim eius in principio orationis non perciperent, quæ [6] addita rem omnem expedit; ut verba iſta fuerint;

5) Edicti de poſſeſſione hac bonorum complura capita, ſeu partes diverſæ, ut *d. L.* 2. *pr. L.* 5. §. 2. *L.* 6. §. 1. *L.* 7. §. 1. *h. t. L.* 9. *pr. L.* 25. *de reb. auct. iud.* vid. P. Fab. *ad d. L.* 148. *de R. I. initio.*

6) Dicendum potius cum plures edicti partes fuerint, eas integras nobis non ſupereſſe, quam quod una vocula huic parti detracta ſit. Ita vero puto. Pars illa edicti, quæ *d. L.* 2. *pr.* ad eos ſolum pertinet, qui vadimonium deſeruerunt. Alia deinde pars ſeu clauſula nominatim de cauſſa pupilli non defenſa cavit, cuius verba plane nobis deſunt. Fuiſſe eam liquet, tum ex *L.* 3. §. 2. *d. t.* verbis: *ut edicto locus ſit*, non dicit menti & ſententiæ edicti de alio loquuti, & ad pupillum extenſi, qui enim extendi potuiſſet. Tum maxime ex *L.* 5. §. 2. *d. t.* ubi verba edicti: Si *is* pupillus *eave* pupilla, &c. arguunt, & in praecedd. mentionem horum a Prætore factam eſſe. Subditur alia clauſula *L.* 6. §. 1. quæ bona venire permittit, (quam pertinere arbitror ad clauſulam primam, quæ *L.* 2. *pr.*) excipiens pupillum & Reip. cauſſa abſentem. Illa autem clauſula, quæ *L.* 7. §. 1. refertur, ad eos potiſſimum pertinet, qui iudicio ſiſti non caverunt: quippe nec unquam reperti. Fac. *d. L.* 7. §. 13. ibi: occurſum creditoris evitet & *d. L.* 7. §. *pen.* ibi: a quo petere velim. Cæterum cum de furioſo nulla pars edicti loquuta ſit, inde quæſtio muta *d. L.* 7. §. 10. & 2. *ſeqq.* Et dicitur *nominatim d.* §. 10. quia edicto generali non comprehenditur. Sic itaque lus fuiſſe reor. Aut qui non defenditur, prius ſatiſdedit iudicio ſiſti: & primo ſit miſſio in eius bona, ſive latitet ſive non, ſi fraudationis cauſſa abſit ea prima clauſula edicti, *L.* 2. *pr.* & §. *ſeqq. d. t.* Si dein abeſſe perſeveret, eius bona veniunt ex ea clauſula, quæ *L.* 6. §. 1. *h. t.* etſi non turpiter ſe occultet (1) quia verba *d.* §. 1. indefinita, *cuius bona poſſeſſa*. Ergo iunct. *L.* 2. & §. 2. *h. t.* (2) quia nominatim excepti pupillus & abſens Reipublicæ cauſſa. Exceptio autem in uno probat regulam contrariam in aliis. Quid enim hi peculiare haberent, ſi nullius niſi latitantis bona venire poſſent. Non tribueretur quidquam favori eius, qui pro commodo Reip. laborat, ſi idem haberet alia quacunque probabili, immo & voluntaria cauſſa, modo citra doloſum fruſtrandi animum abſens, (3) quia & minor non defenſus quandoque bonorum venditionem patitur, licet non latitet. *L.* 5. *de reb. auct. iud. poſ.* (4) quia ratio certa huc idem efficit, de quo mox. Aut non ſatiſdedit. Et hic alia edicti clauſula de pupillo, cuius verba priora non habemus, poſteriora autem referuntur in *L.* 5. §. 2. *h. t.* Eaque diſtincta eſt, ut *infra C.* 13. *n.* 6. *N.* 5. alia de quovis alio, cuius itidem pars ſolum prior refertur, *L.* 7. §. 1. *d. t.* & conſtat iunct. *L.* 21. §. *pen.* *Quib. ex cauſ. mai.* Hic igitur vel fraudationis cauſſa latitat, & ſi non defendatur, eius bona poſſideri vendique Prætor iubet. Huc uſque verba edicti relata, *d. L.* 7. §. 1. vel non latitat, & ſi non defendatur, in bona tantum mittitur

fuerint: *In bona eius etiam qui iudicio ſiſtendi cauſſa fideiuſſorem dedit*, & quæ ſequuntur. Hoc, *etiam*, valet non tantum in cæterorum bona qui nihil caverunt, creditoribus ſuis præiorem miſſurum (quo nihil æquius) ſed etiam in eius qui cavit creditori, & cavit fideiuſſore dato: quanvis prima fronte id videri potuerit ſupervacuum. In quo tamen nihil habeo præter coniecturam. Utcumque eſt, ſive edictum generaliter conceptum fuit de omni qui non defendatur, ut fuiſſe Ulpianus ſignificat, res abſoluta eſt: ſive ita ut nunc extat in *d. L.* 2. & ſupra retulimus, hoc tenebimus, id ita, ut diximus, & Ulpianus teſtatur, intelligi oportere.

V. Ait prætor, *ſi neque poteſtatem ſui faciet neque defendetur*. Is poteſtatem ſui non facit, non tantum, qui fruſtrandi creditoris cauſſa latitat, & conſulto id agit, ne ſit ſecum experiundi copia: ſed etiam, qui ſine conſilio fruſtrandi abeſt, aut nuſquam eſt, ita, ut non queat in ius vocari. *L.* 2. *§. poteſtatem*, *D. quib. ex cauſ. in poſ. eat.*

VI. Quis non defendatur, ita intelligemus, ſi cognoverimus, quis defendatur. Is enim intelligitur non defendi, in quo nihil eſt rerum, quibus continetur iuſta, & legitima defenſio. Defenditur quiſque aut iure ipſo, aut facto vel ſuo, vel alieno.

VII. Iure defendi intelligitur, quiſquis eſt in ea cauſſa, ut quanvis præſens non poſſit inveniri: qui ſi iudicium accepiſſet, abſolvi deberet: qualis eſt, qui debet in diem aut ſub conditione, aut qui tenetur quidem pure; ſed ea actione, quæ per exceptionem repellatur. Itaque huiuſmodi debitorum bona negat Papinianus [7] poſſideri poſſe rei ſervandæ cauſſa in *L. eo tempore*, *D. de pecul.* negat Paulus in *L. penult.* in fin. *D. quib. ex cauſ. in poſ. eat.* & Ulpianus iſtorum omnium negat bona, ex edicto vænire poſſe in *L. Fulcinius*, *§. ſi in diem*, *D. eod.* quod idem valet. Is enim creditor mittitur in poſſeſſionem, qui & poteſt bona ex edicto vendere. *d. L. pen. eod.* Hoc eſt, quod dicitur in *L.* 2. *§ defendi*, *D* eod. *defendi videri, qui per abſentiam ſuam in nullo deteriorem cauſſam adverſarii facit*. Solus enim in nullo facit cauſſam deteriorem adverſarii, qui etſi præſens eſſet, conveniri iure non poſſet. Quæ omnia non alia ex re dicuntur, quam quod qui in hac cauſſa eſt, ut conveniri non poſſit, ſatis iure ipſo defendi intelligatur. Nam alioqui ad edictum pertineret. Et ſane is recte dicitur iure defendi, quem ius tuetur ita, ut non egeat alia defenſione. Non eget autem is a quo nulla eſſe poteſt petitio.

VIII. In quo tamen veterum ſententiæ, quæ de ſupra ſcriptis exemplis extant in libris noſtris, convenire non videntur. Scribit Paulus in *d. L. penul eod.* creditorem conditionalem in poſſeſſionem bonorum non mitti. Item in *L.* 6. in prin. *D. eod.* velut a ſe ipſo diffidens, ſcribit in poſſeſſionem mitti ſolere creditores, etſi ſub conditione eis pecunia promiſſa ſit. Reſpondit Papinianus, ſi pater, qui actione de peculio conveniri poterat, lateret tunc, cum in peculio nihil eſt, creditorem in bonorum poſſeſſionem eius mitti non poſſe: quia non teneatur. *L. eo tempore*, *D. de pecul.* Ulpianus contra in *L. Fulcinius*, *§. ſi qui actione*, *D quibus ex cauſſ. in poſſ. eat.* diserte ſcribit, hoc iure nos uti, ut huius patris, de quo modo dixi, bona poſſideri & vænire poſſint: quanvis nihil ſit in peculio. De quibus ſententiis hoc habeo quod dicam: Utrumque verum eſſe creditorem conditionalem in poſſeſſionem non mitti: & eundem in poſſeſſionem mitti ſolere, ſed diverſo ſenſu. Creditor conditionalis in poſſeſſionem non mittitur, ſi ſuo iure, & ſolus id fieri poſtulet. Nam qui non poteſt agere adverſus conditionalem debitorem etiam præſentem, quomodo dicet, abſentem non defendi, quem ita ius tuetur? At ſi alii creditores in poſſeſſionem abſentis miſſi ſint, nulla

titur. His aut ſimilibus ſupplenda verba edicti, quæ deſiciunt, ex *d. L.* 21. *§. pen* Neque enim quod ibi dicitur de non latitantibus, ad eos quoque pertinet, qui ante ſatiſdederunt, tum quia ibi tractatur de reſtitutione contra actionem amiſſam, cuius dies cauſ abſente adverſario, qui omnium nec initio conveniri aut in ius vocari potuit, tum quia *d. L.* 6. *§* 1. *Quib. ex cauſ. in poſſ* refragatur, ut oſtenſum. Denique certa ratio hæc diſcriminat. Qui antea iudicio ſiſti cavit, vadimonium deſerens, vere contumax, merito hanc pœnam diſtractionis patitur Etſi namque poſſit eſſe ut non latitet, *L.* 2. *§* 2. *d. t.* quid enim ſi putavit non defore, qui ſe abſente cauſſam ſuam ſuſceptur) tamen eſt, quod ei imputetur, quo abſit, quodque fidem promiſſionis de ſiſtendo non præſtet. Ac licet forte Procuratorem, dum abiret, reliquerit, ſatis inſtructum, ſi is poſtea fidem mandati deſerat, hoc non nocere adverſario æquum eſt, ſed ei ipſi qui reliquit, quique eius fidem ſecutus, &c. Contra qui initio abfuit ſine dolo & fraudandi animo, ut nec vocari in ius ipſe perſonaliter potuerit, & proinde iudicio ſiſti non ſatiſdedit, ei tantum imputari nequit. Nam divinare nec potuit nec debuit fore aliquem, a quo conveniretur. Quid enim ſi cauſſa actionis ipſi ignota? &c Quare hic ad diſtractionem, quæ & noxia ſæpiſſime debitori, rebus viliori pretio venditis, & ignominioſa, non pervenitur, niſi ea cauſſa & eo modo, ut *L.* 7. *§* 10 *&* 2 *ſqq d. t.* Atque hæc ita iuri noſtro convenire cenſeo. A quibus Interpretum doctrinæ in propoſito nimium quantum diſcrepant

7 Non igitur placet, quod Goed *ad L.* 10. *de V. S.* vult creditores d .. to. ſtatui etiam, quibus in diem vel ſub conditione debetur ad hunc miſſionis effectum.

nulla eſt iniuria, nullum incommodum abſentis in hac poſſeſſione etiam conditionali creditori locum dari cum aliis. Impetrabit igitur, ſi poſtulet: ſed ut exiſtente conditione res illi proficiat ad pignus contrahendum. Itaque dicitur hic abſolute non mitti in poſſeſſionem: quia neque ſemper mittitur neque mittitur unquam in iuſtam poſſeſſionem & talem, qualem veri creditores, qui in bona miſſi ſunt, ex edicto conſequuntur. Idem [8] tamen dicitur mitti: quia mittitur aliquando, ſed ita ut ſi quando mittatur, ea poſſeſſio dicatur per abuſionem, non vere. Hi quidem quibus quid ſub conditione legatum eſt, in poſſeſſionem bonorum hereditariorum mittuntur, ſi his heres non ſatiſdet legatorum nomine. *L. penul. D. quib. ex cauſ. in poſ. eat.* Sed hæc cauſſa eſt, quod his quoque iubetur heres [9] ſatiſdare: ut ſi edicto non pareat, iure afficiatur hac pœna, ut bonorum poſſeſſionem patiatur. Non eadem cauſſa eſt conditionalis creditoris cui nihil præſtari debet ante, quam conditio exſtiterit. Quod autem attinet ad ſententias ſupra ſcriptas Papiniani & Ulpiani, de eo qui conveniebatur actione de peculio, puto & inter has bene convenire. Intereſt enim, an tunc eum agitur, & in peculio nihil eſt, conſtet in peculio nihil eſſe, an de eo ambigatur. Si conſtet nihil eſſe, vera eſt Papiniani ſententia, patrem conveniri non poſſe, ſeu patrem abſolvi debere: itaque hoc caſu bona eius non poſſidebuntur. De quo ſenſiſſe Papinianum non dubito. Neque enim diceret, patrem abſolvi debere, niſi in peculio nihil eſſe iudicii conſtaret. Quod ſi ambigatur de eo, ut quia dicatur nihil eſſe in peculio, creditor autem contra intendat eſſe: ſine dubio creditor audietur tenebitque intentio, ut idem Ulpianus docet in *L. quæſitum, D. de pec.* Quod ſi tenetur pater actione, conſequens [10] eſt, recte dici bona quoque eius hoc caſu poſſideri poſſe.

IX. Facto vel ſuo vel alieno defenditur is, qui habet aliquem, qui ipſius nomine iudicium ſuſcipere paratus ſit, ubi, & eum oportet: dum ſuſcipiat recte, & boni viri arbitratu. Et quidem quod ad verbum defenſionis attinet, non eſt defenſio, niſi ubi quis iudicio defenditur: quoniam & iudicio eum eo agitur: nec defenditur quiſquam iudicio, niſi ubi cum defenſore iudicium eſt, ideſt, lis conteſtata, ut proinde non defendat niſi qui iudicium accipit. *L. recte. D. de iudic.* ſed iudicium ſuſcipi non eſt ſatis. Exigimus, ut iuſta ſit defenſio, & quod diximus, ut quis recte & boni viri arbitratu defendatur. Etſi enim in hoc edicto nihil adiicitur de defenſione, qualis eſſe debeat: tamen in omni defenſione hoc tenendum eſt, quod Paulus definit in *L. pen. D. de procur.* omnem qui defenditur, boni viri arbitratu defendendum eſſe. Itaque alia parte huius edicti hæc verba adiecta ſunt. Sic enim refertur in *L. 5. §. prætor*, quib. ex cauſ. in poſ. *Si is pupillus in ſuam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit, & recte defendetur, eos qui bona poſſident poſſeſſione decedere iubebo.* Eſt abſurdum denegare aliquid pupillo, quia non recte defendatur, tribuere autem maioribus, quod defendantur; quanvis non recte: pro quo verbo in alia clauſula eiuſdem edicti dicitur, *Boni viri arbitratu*. Sic enim eſt in *L. Fulcinius, in pr. D. eod. Qui fraudationis cauſſa latita-*

8) Dura hæc conciliatio: Aliter Cuiac. 10. *Obſ.* 32, Vital. 2. *Var. Lect.* 14. *n.* 1. mitti quidem *d. L.* 6. ſed ut pignoris executionem non habeat aut venditionem peragere poſſit. Mitti, ſi initium ſpectes, non ſi effectum. Conveniunt Pac. 7. *Enant.* *Q.* 11. Gœd. *ad L.* 12. *pr. de V. S. n.* 13. exaudientes *d. L.* 6. de miſſione ex (1) decreto rei cuſtodiendæ & ſervandæ cauſſa *d. L. pen.* ex ſecundo decreto, quo vera poſſeſſio tribuitur, & ut bona crediti nomine vendantur. Nec male hi duo, niſi quod duo decreta falſo agnoſcunt, vid. *infra* C. 13. *N.* 1. Potius inter partes edicti diverſas diſtinguendum ut poſt Pithæ. P. Fab. *ad L.* 148. *d. R. I.* Mittuntur ex parte ea edicti quæ *L.* 2. expreſſa, non autem ex ea quæ *L.* 7. §. 1 *eod.* ex qua & venditio conceditur. Et hæc ſolutio firmiſſima ex ipſa ſerie LL. collocatarum deſompta. Licet priori miſſioni forſan non locus in conditionali debito, niſi eum ex iuſta cauſſa agitur ad interponendam cautionem ante conditionis eventum, per *L.* 2. §. *in omnibus pen. D. de iud.* ut P. Vander. *de Priv. cred.* C. 16. add. Coler. *de Proceſſ. P.* 2. C. 3. *n.* 105. Illud minus placet, quod Gœd. *ad d. L.* 12. *pr. n.* 11. *&* 2. *ſeqq.* alia conciliatione uſus accipit *d. L. pen.* de conditione incerti ac dubii eventus, *d. L.* 6. vero ubi certo eventura. Illic incertitudini vim eſſe ferme perpetuæ exceptionis. Hic autem, uti & cum in diem debetur, licet obiici poſſit exceptio plus petitionis, ea tamen, ait, non perpetua, ſed quaſi momentanea & prorſus dilatoria, ſuſpendens ſolum actionem, donec dies adſit aut conditio: Ac etſi quod ſub conditione debetur non in obligatione: quia tamen ſpes eſt brevi debitum iri, pro eo haberi, ſicuti quæ proxime fieri debent, pro factis habentur, ita Gœd. Male. (2) Quia non eſt vera conditio, cuius eventus indubius, vid. *ſupra Lib.* 8. C. 31. *n.* 7. *&* *Lib.* 15. C. 11. *n.* 2. *&* *N.* 4 Ipſe IC. *in L.* 7. §. 14. *h. t.* in materia noſtra non referre ſcribit debitor non ſit, an nondum conveniri poſſit. Contra quem quid efficiat arg. Gœddei ex Brocard. Cingendum pro cincto, &c. eoque ipſo latius quam convenit accepto. Neque enim quæcunque certo, eadem cito eventura conditio, e. g. ſi moriar. (3) Falſum quod ante diem vel conditionem petens exceptione ſolum repellatur. Immo actio iure ipſo non tenet. vid. *ſupra Lib.* 15. C. 8. *N.* 4. (4) Connexio *d. L. pen.* §. *ult. cum* §. 1. *præt.* & vis voculæ *autem* arguunt, uti de legati conditione *d.* §. 1. tractatur, quæ deficere poteſt, ita & *d.* §. *ult.* de pari conditione debiti: alias non conſtat oppoſitio.

9) Convenit Cuiac. 10. *Obſ.* 32. quia legatario cautio debetur exemplo iudiciorum bonæ fidei.

10) Convenit Pac. 4. *Enant.* *Q.* 63. exaudiens *d. L.* 30. *pr.* ubi nec aliquid eſſe poteſt in peculio, quia filius vel ſervus mortuus aut manomiſſus. Aſt *d. L.* 7. §. 15. aperte loquitur, ubi nihil quidem in eo eſt, aſt eſſe poteſt, Nam: etſi cum agitur nihil inſit, tamen medio tempore & ante ſententiam acquiri poteſt.

latitabit, ſi boni viri arbitratu non defendetur.

X. Recta, & iuſta defenſio alia eſt in eo, qui ſe defenditur, alia in eo, qui defenditur ab alio. Qui ſe ipſum defendit, quodque iudicium ſuſcipere paratus eſt, etiam ſi nihil ſatiſdet, ſi tamen is ſit, qui poſſit iudicio obligari. Nam ſi exempli cauſſa de re ad pupillum pertinente agatur, non videbitur pupillus defendi, ſi ipſe ſe liti offerat. Hoc exigimus, ut ab alio defendatur. *L.* 5. in prin. & §. *ult. D. eod.* Si quis autem defenditur ab alio, ſic videtur recte defendi, ſi & defenſor ſit idoneus, & ſatiſdet, ſe iudicatum ſolutnrum. Hæc enim duo ſunt in iuſta defenſione, quæ ſuſcipiatur alterius nomine. *d. L.* 5. §. *recte, D. eod. L. recte, D. de iudic.* De qua mihi conſtitutus eſt ad dicendum locus huius quæſtionis proprius ſub titulo de procuratoribus, & defenſoribus, antea a me perpurgatus. Tantum hic monebo, recte & boni viri arbitratu idem valere. *d. L.* 5. §. *recte, L. ſervum*, §. *ait prætor*, iuncta *L. ſed & eo*, §. *defendere*, & ſeq. *D. de procur.*

XI. Quæ ſi ita ſunt, Iam recte ita definiemus, reum non defendi, proindeque eius bona ex edicto poſſideri poſſe, quoties eo ita obligato, ut præſens poſſet conveniri, nemo exſiſtat, qui eius convenienti nomine iudicium paratus ſit ſuſcipere: aut ſi quis exſiſtit, non eſt idoneus defenſor: aut ſi eſt idoneus, non defendit oblata ſatiſdatione, ſi alieno nomine conveniatur. Sed neminem exiſtere defenſorem, conſtare debet. Id tum intelligetur, eum requiſitis ab actore propinquis, aut amicis rei, & iis omnino, quos probabile ſit defenſioni abſentis non defuturos, nemo exſiſtet, qui ſe defenſioni eius offerat. Itaque prius iſtos [11] interpellari oportet, idque teſtatione complecti, ut ita magiſtratui fides fieri poſſit eum, de quo quæritur, non defendi. Hæc in *L. item* §. *ult. L.* ſeq. *L.* 5. §. 1. *D. quib. ex cau. in poſ. eat.*

XII. Qui neque poteſtatem ſui facit, neque defenditur, in eius bona ſe ire iuſſurum pollicetur prætor. *In eius bona*, inquam, nempe [12] omnia, Iuſtinianus conſtituit ut mitterentur creditores in poſſeſſionem bonorum pro modo & quantitate debiti. *Nov.* 53. §. *ſi vero*, Male enim vulgo [13] interpretes hæc verba accipiunt, quaſi in partem bonorum creditores mitti Iuſtinianus iubeat. Iubet enim in omnia, ſed ita ut quiſque pro [14] modo debiti ex iis diſtractis pecuniam recipiat ut infra dicetur. Ex quo errore & ille alter excuſus eſt, quod aiunt [15] ordinem ſervari in bonis poſſidendis, ut primo quidem in bonorum mobilium, de-

11) Vid. P. Fab. *ad d. L.* 147. *de R. I.* Marant. *P.* 6. *Memb.* 9. *de Cit. n.* 105. *& ſeq.* docens hos per Proclama, ſeu voce Præconis publice citari debere, de quo & quod ſinguli non ſiot vocandi, plene tractat Vinc. de Franch. *Deciſ.* 516. Plane Petr. & Cyn. referente Coraſio *in Summ.* 1. *&* 2. *decr. n.* 16. hanc citationem non niſi in minoribus *d. L.* 5. §. 1. & abſentibus Reip. cauſſæ, *d. L.* 22. requiri voluerunt. Sed contra facit *L.* 5. §. 2. *Quod vi aut clam. L. ult. ubi pup. educ.* Unde Coraſ. *d. loc. n.* 17. ubi grave præiudicium vertitur, hoc requiri, niſi abſens, ſemel antea io faciem citatus, contumax eſſe perſeveret: Is enim latitare cenſetur. Si quis autem horum venerit, terminuum ſibi concedi recte petet, ut perquiri & admoneri interim ab eo reus poſſit. Menoch. *Caſ.* 40. *n.* 7.

12) Quod iure quidem veteri ſatis expeditum (etſi quidam, ut *N. ſeq.* contra) & clare probatur *L.* 1. *D. Quib. ex cauſ.* Cic. *pro Quintio*: Omnino bona poſſeſſa non eſſe conſtitui: quod bonorum poſſeſſio ſpectetur, non in una aliqua parte, ſed in univerſis, quæ teneri ac poſſideri poſſint, Duar. *ad h. t. D. C.* 2. Scip. Gent. 1. *de iuriſd.* 24. *p.* 86. Caſp. Schifordeg. *Lib.* 1. *ad* A. Fab. *Tr.* 7. *Q.* 1. Et ita Cuiac. 10. *Obſer.* 31. mitti in poſſeſſionem omnium mobilium, immobilium & incorporalium. Ac probat *L.* 1. *C. de prat. pig.* vid. Don. *ad eum tit. C. n.* 9.

13) Et ita iure novo ſtatuunt Duar. *d. C.* 2. Weſ. *Par. D. de dam. inf. n.* 6. *pag.* 70. Scacc. 1. *de Iud.* 96. *n.* 5. Amplius Coraſ. *ad L. ſi finita.* 15. §. *Iulian.* 16. *de dam. inf. in Summ.* 1. *&* 2. *decreti*, & Marao. *P.* 6. *Membr.* 2. *de Contumacia. n.* 12. pro hoc ex iure antiquo allegant *L.* 9. *C. de bon. auct. iud. poſſ.* quæ iiſdem reſiſtit tamen. Bona tamen io quæ mittitur, aliquanto plus valere quam ſit creditum, volunt. Marao. *d. lo. n.* 14.

14) Ita Cuiac. *in d. Nov.* 53. *Part.* 3. in univerſa bona debiti ſervandi cauſſa. Nam *d. Nov.* 53. *C.* 5. dicit poſſeſſionem bonorum indefinite, bona habere, res recipi, &c. Sc. Gent. 1. *de iuriſdict.* 24. verba illa *d. C.* 4. κατὰ τὸ μέτρον τοῦ δανειστικοῦ χρέους, ita debuiſſe verti *ad quantitatem declarati debiti* ſcilicet conſequendam vel conſervandam. Nec referenda eſſe ad modum & quantitatem rerum, in quas miſſio ſit, ſed ad illius finem atque effectum. Et P. Frid. *Lib.* 3. *de Contin. cauſ. C.* 15. *n.* 3. loqui ea verba de quantitate debiti immiſſis per ſententiam adiudicanda. Accedit Schiford. *Lib.* 1. *ad A. F. Tr.* 7. *Q.* 1. Quem notat, ac Pragmaticos tuetur Rulan. *Add. ad Mar. d. n.* 12. quod *d. C.* 4. verba *ſecundum menſuram, &c.* non ad venditionem, ſed ipſam immiſſionem referatur. Attamen Vult. 1. *Diſp. Schol.* 10. contendit Iuſtin. *d. Nov.* 53. *C.* 4. §. 1. non quidem mutaſſe ius miſſionis in res univerſas, ſed diſtractioni modum præfiniviſſe, ne ſi quarundam venditione ſatisfieri credito poſſet, reliqua etiam, ceu olim ius fuerit, diſtraherentur. Quod haud diſplicet. Quomodo accipietur miſſio *d. C.* 4. §. 1. quam vulgo vocant ex ſecundo decreto, ut *infra Cap.* 13. Nam loquitur certe *d.* §. 1. de latente, itemque de miſſione, quæ fit examinato negocio, atque ita pleniori quadam cauſſæ cognitione prævia. Ergo per *not. h. C. N.* 3. *& d. C.* 13. Atque hoc ante Iuſtinianum quoque Leo ſanxit, *L.* 6. §. *ſed ſi hoc* 4. *C. de his qui ad Eccleſ.* verbis: *uſque ad modum debiti*, bonorum eius traditio ſive venditio celebretur. Quæ niſi violenta & dura interpretatione eo modo, quo Cuiac. & Don. *hic d.* §. 1. interpretantur, accipi nequeunt, licet ita Sc. Gent. *d. C.* 24. Nec obſtat quod ibidem dicitur, iudiciorum ſolitus ordo ſervari. Intelligitur enim is, qui in rebus ex cauſſa iudicati diſtrahendis.

15) Scacc. 1. *de Iudic.* 96. *n.* 6. *& n.* 35. Coler. *Deciſ.* 134. *n.* 7. Rulant. *de Commiſſ. P.* 4. *Lib.* 8. *C.* 5. *n.* 4. *& ſeqq.* Et hoc immo iuri quoque civili convenit quoad venditionem, ut iam oſtenſum. Male Cuiac. *in Nov.* 53. *Part.* 3. *ſub fin.* hoc inde refellit, quia pignus prætorium in univerſa bona & iure conſtituitur, *L.* 1. *C. de Prat. pig.* Nam hoc ſolum *d. L.* 1. definit, *licere* etiam id ſuper actionibus decernere, non vero oportere. Et immo æque Prætorium, ex ſententia Donelli, quod ex cauſſa iudicati capitur. Plane ubi res certa, ſeu ſpecies actionis in perſonam petitur, in eam ipſam mitti notat Rul. *d. C.* 5. *n.* 8.

inde ſi ea reus non habeat in immobilium mittantur: nam hic ordo in bonis ex cauſſa iudicati capitis ſervatur. *L. a divo Pio, D. de re iudic.* non in bonis nondum iudicati rei, ut illi putant: quos tamen *eodem* (*) *errore ſecutus eſt Pontifex* in Tit. ut *lit. non conteſt. C. ult.* & ibi Panorm. ex Ioannis ſententia ait, ſi hic ordo ſervatus non ſit, non valere quod factum eſt, utpote contra ordinem iudiciorum; imo hoc illi contra rationem potius.

XIII. Sane ad hanc rem differentia [16] eſt inter actionem in perſonam, & actionem in rem. In actione enim in perſonam ſine controverſia valet quod iam diximus, creditores in univerſa bona mitti debitoris. In actione in rem viſum eſt Celſo aliiſque commodius, ſi in rei petitæ poſſeſſionem duntaxat petitor mitteretur. Quod Ulpianus referens, *Hoc adnotandum eſt*, inquit, *Celſum conſultum non de latitante ſed de abſente*. L. Fulcinius, §. *Celſus D. quib. ex cauſ. in poſſ.* Si latitet, in omnia eius bona mittendum erit, ut proxime præcedente §. ſcriptum eſt. At iure Canonico indiſtincte receptum cautumque eſt, in actione reali ut in rerum duntaxat petitarum poſſeſſionem miſſio fiat. *d. C. ult. §. in aliis vero.*

XIV. Illud retulerit, quis ſit is qui non defendatur. Itaque & pupillus, & furioſus, & omnes omnino, qui curatoribus reguntur, ſi non defendantur, [17] patiuntur poſſeſſionem bonorum. De pupillo eſt in *L. 3. §. contractum*, & *§. ult. D. eod.* de cæteris in *L. Fulcinius, §. adeo eod.*

XV. Unum genus abſentium excipitur: eorum ſcilicet, qui abſunt, [18] Reipublicæ cauſſa ſine dolo malo. *L. eum qui, 35. D. de reb. auc. iud. poſſ.*

XVI. Ne illud quidem refert, vivat debitor, an defunctus ſit, ſi neque adhuc quiſquam ei heres extiterit, neque defendatur. Cui tamen quia non ſatis recte dici poteſt poteſtatem ſui non facere, & quia in eo proprium aliquid ſervari placet, de eo alia parte huius edicti nominatim cautum eſt. Ac de eo ita ſcriptum eſt ex Ulpiano in *L. ſi diu, D. quibus ex cauſ.* in poſſ. eat. *ſi diu incertum ſit heres extiturus, necne ſit, cauſſa cognita permitti oportebit bona rei ſervandæ cauſſa poſſideri, & ſi ita res urgeat, vel conditio; bonum hoc etiam erit concedendum ut curator conſtituatur.* Sed hoc, quid ſit & quid in cauſſæ cognitione verſetur, tum qua parte iuris hac de re caveatur, æque incertum eſt ex ſupra ſcriptis verbis: quod ex verbis Pomponii intelligi poteſt, quæ extant in *L. ſi quis inſtituatur, 23. §. ult. D. de hered. inſt.* Sunt autem hæc: *Item ſi conditioni heres parere non potuit, quam in ſua poteſtate non habebat: veluti inſtitutione collata in alterius factum, aut quendam caſum, ſi ille puta, conſul factus non erit: tunc poſtulantibus creditoribus conſtituit prætor, niſi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditaque fuerit, ſe bona defuncti a creditoribus poſſideri, & interim quæ urgebunt per curatores diſtrahi iuſſurum.* Et mox: *Ee ideo ait cauſſæ cognitionem adiectam propter eos qui ſine dilatione peregre eſſent vel ægritudine, vel*

16) Multis item aliis modis hanc miſſionem in realibus actionibus ab altera differre, notant DD. quod nempe hic verus poſſeſſor fiat etiam citra ſecundum decretum, quod fructus percipiat, quod lapſu anni res recipi nequeat, de quibus vid. Scac. 1. *de Jud.* 96. *n.* 5. *& ſeqq.* & de ſingulis notabo *infra ſuis locis*, ut *h. C. N.* 19. *& C. ſeq. N.* 3. *&* 5. Ubi vero lis de poſſeſſione ſuper dignitate, perſonatu vel beneficio eccleſiaſtico, ex contumacia non fit immiſſio, ſed in cauſſa proceditur, aut ſi procedi nequeat, ſequeſtratio fit, *C. un. de eo qui mit. in poſſ. rei ſerv.* in 6. vid. Gœd. *de Sequeſt. C.* 1. *n.* 108. *p.* 157. *& n.* 111. *p.* 172. *& ſeqq.* ubi unicum hunc caſum exceptum ſtatuit, quo miſſioni ob contumaciam non locus ſit. Intellige præter eos, quibus natura rei petitæ hanc miſſionem non recipit, vid. Coraſ. *in L.* 15. *§. Iulian.* 16. *de dam. inf. Summ.* 1. *&* 2. *decreti n.* 22. In illis ipſis autem cauſſis beneficii admitti miſſionem vult idem Gœd. *de Sequeſt. C.* 2. *n.* 3. *&* 4. ſi de iis non poſſeſſionis aut titulo, ſed proprietatis controverſia mota, per *C.* 2. *extr. de ſequeſt. C.* 2. *ut lit. non conteſt. in* 6. Et quia *d. C. un.* dicitur *ſuper dignitate, &c. obtinendis*. Secus igitur, ait, ſi iam obtenta fuerint, & petitorio, ad reſtitutionem, agatur. Quomodo & quas in res miſſio fiat in iudicio diviſorio, vid. Menoch. *Arb. Caſ.* 524. Quid ſi lis de ſervitute, vid. *L.* 18. *Si ſerv. vind.*

17.) *L. 5. ul. de reb. auct. iud.* Plane Gœd. *de Sequeſt. C.* 1. *n.* 74. fieri hic miſſionem putat ex contumacia tutorum ac curatorum, contra hos magis quam ipſos pupillos, furioſos aut prodigos. Cum illi his damnum tutelæ curæve iudicio ſarcire teneantur. In ipſorum vero pupillorum potius quam tutorum bona mitti creditores, tum quia illi debitores principales, tum quia ita maior pœna tutorum, quibus ob eam cauſſam infamia quoque metuenda. Sed hæc non conveniunt: Mitti contra alium in bona alterius. Ita vero eſt. In *d. L.* 3. *&c.* fit miſſio ex peculiari edicti parte in *d. L.* 7. *§.* 10. vero non patiuntur hæ perſonæ miſſionem ſibi damnoſam, verum bona venire conceditur (& ut vulgo ſecundum decretum interponitur) quia ipſi furioſo, prodigo, &c. expedit, &c. Quæ plenius hic exſequi non vacat. Confer. *h. C. N.* 4. & Coraſ. *in L.* 13. *§. Iulianus* 16. *de dam. inf. Summ.* 1. *&* 2. *decreti n.* 19. *& ſeqq.*

18) Immo horum eadem cauſſa, quæ pupillorum *L.* 6. *§.* 1. *Quib. ex cauſ. in poſſ.* Proinde & quæ furioſorum per *L.* 7. *§.* 10. *eod.* Qui ubi in his abſentibus eædem cauſſæ, quæ in illis requiruntur, & horum bona recte vendentur, non autem indefinite, arg. *L.* 7. *§.* 10. *d. tit.*

(*) Quæcumque ex iure Civili aut Interpretum doctrina cum hic, tum alias in ius canonicum derivavit Summus Pontifex Innocentius, mavis curæ eſt an illa cum Iuſtiniano prorſus cohæreant, an potius cum interpretum placitis conveniant, ſcrupuloſius inquirere. Satis abundeque eſt, æquiſſima hæc eſſe iuris pontificii decreta & frequentiſſimo prudentum virorum calculo, & perpetuo iudiciorum uſu comprobata.

vel valetudine ita impedirentur, ut in ius produci non poſſint, vel non defenderentur: ex quibus intelligitur *L. 4. D. de reb. auct. iud. poſſ.* Ubi heres quidem exſiſtit aliquis, ſed is, quem creditores ſuſpectum putent, ut quodammodo ſit pro abſente; creditores exigere poſſunt ab eo ſatiſdationem pro ſuo debito: quam interponi iubet prætor, ſi conſtiterit proſpici debere iis, qui ſuſpectum eum poſtulaverint. Quod ſi quaſi ſuſpectus ſatiſdare iuſſus decreto prætoris non obtemperaverit: tunc bona hereditatis poſſideri, venumque dari ex edicto ſuo permittere iubebit. Hæc Ulpianus in *L. ſi creditoris, 31. D. de reb. auc. iud. poſ.* Ubi plenius docet, quid ſit in cauſſæ cognitione.

XVII. Creditores in poſſeſſionem miſſi quam diu in poſſeſſione bonorum eſſe poſſint, videndum eſt. Et erunt tandiu, quoad is, de cuius bonis agitur, non defendetur: ſi cœperit debitor defendi, creditores [19] cedere poſſeſſione debebunt: ut quæ cauſſa eſt eius poſſeſſionis adipiſcendæ, eadem ſit & retinendæ. *L. ſi pupillus, 33. §. ult. D. de reb. auc. iud. poſ.* Id Ulpianus in *L. 2. D. quib. ex cauſ. in poſ. eat.* colligit ex eis verbis edicti: *Neque defendetur: quæ*, inquit παρατατικῶς *ſcripta ſunt*, ideſt, ita ut tractum habeant temporis, *ut neque ſufficiat*, inquit, *unquam defendiſſe, ſi non duret defenſio, neque obſit, ſi nunc offeratur*. Neque obſit, intellige non defendiſſe aliquando: ſi nunc offeratur, intellige, defenſio.

XVIII. Illud mirum videri poteſt, cum huius clauſulæ ſententia abunde omnibus hoc debitoribus tribuatur, ut exſiſtente defenſore creditores, qui in poſſeſſionem bonorum miſſi ſunt, poſſeſſione decedere debeant, quid ſit, quod alia clauſula prætor in perſona puberis nominatim hoc edixerit: ſi is defendetur; ſe eos, qui bona poſſident, poſſeſſione decedere iuſſurum. Exſtat clauſula in *L. 5. §. prætor, D. quib. ex cauſ. in poſ.* Quid enim? an veremur ne quod beneficium omnibus generaliter, etiam maioribus tribuitur, id quiſquam putet ad adoleſcentes non pertinere? Et ſciendum eſt, ut nominatim prætor aliquid in hac re de pubere ediceret in cauſſa fuiſſe, quod de impubere edictum erat. Differt enim impuberis conditio a cæterorum debitorum conditione, circa poſſeſſionem bonorum. Nam cæteri ſive a ſe, ſive ab alio defendantur, non patiuntur poſſeſſionem. Pupillus autem hanc non evitat aliter, quam ſi defendatur ab alio, ut ſupra dictum eſt. Neceſſe erat hoc ius de pupillo conſtitutum & poſt pubertatem eius manere, nimirum ut ſi is, qui modo impubes erat, & cuius bona ideo poſſeſſa ſunt, quia ab alio non defendebatur, pubes factus ſit, eius bona perpetuo ita poſſideantur, quanvis ipſe defenſionem offerat: hoc, inquam, ius manere erat neceſſe, niſi prætor nominatim ediceret, idem ſe de pubere conſtituere, quod de cæteris debitoribus: nempe ſatis eſſe omnes defendi ut creditores decedant de poſſeſſione bonorum, ut intelligeremus ſatis eſſe eos defendi non tantum ab alio, quod ante pubertatem exigebatur: ſed etiam a ſe. Scilicet quia iam perſonæ conditio mutata ſit cum ætate. Qui enim pubes factus eſt, etiamſi in cæteris bonis curatorem conſtitutum non habeat: iudicio tamen agere poteſt, & conveniri, curatore ei in litem dato. Nam & obligari poteſt. Sic fit, ut dum debitor defendatur, quiſquis is ſit, creditores poſſeſſionem bonorum debeant omittere: dummodo hi exſiſtant defenſores, qui ſi a principio extitiſſent, non mitterentur creditores in poſſeſſionem.

XIX. Monendi tamen ſumus, non debere aliter creditores decedere poſſeſſione, quam ſi actio amiſſa intermedio tempore his reſtituatur, & [20] ſarciatur, ſi quid detrimenti per abſentiam debitoris datum eſt. Quod a Iuliano ſcriptum in eo, qui prohibebat vicinum aquam ducere, neque ſui poteſtatem faciebat, ut ſecum agi poſſet, & poſitum in *L. is cuius, D. ſi ſer. vind.* Iuſtinianus confirmavit generaliter in omnibus cauſſis in *Novel. 53. de exhib. reis, §. Si vero*, atque hoc adiecit amplius, non prius audien-

19) Quia finis huius miſſionis ut tædio iſtius detentationis contumax in iudicium veniat, Gœd. *de Sequeſtr. C. 1. n. 75.* Ergo facto eo ob cuius defectum quis miſſus, merito miſſio ceſſat, Moller. 2. *Semeſtr.* 23. *n.* 14. Et in actionibus quidem in perſonam uſque ad 30. annos recipi poſſeſſionem poſſe, ſi nondum interpoſitum 2. decretum volunt. In realibus vero non niſi intra annum venerit, cautionemque obtulerit, per *L. pen. §. pen. C. de praeſcript. 30. annor*, vid. Coraſ. *in L. 15. §. Iulianus 16. de dam. infect. Summ. 1. & 2. decreti n. 21.* Coler. *P. 1. Proceſſ. C. 2. n. 51.* Scaccia 1. *de Iudic. 96. n. 8.* Wurmſ. *Tit. 7. Obſ. 7. n. 2. & 3.* Quia elapſo anno in realibus, perpetuus poſſeſſor effectus, ut not. *C. ſeq. N. 5.* Excipitur. Niſi a iudice terminus præfinitus reo, intra quem comparens de iure ſuo doceret, ac is lapſus, Coraſ. *d. loc.* & Wurmſer. *d. Obſ. 7. n. 6.* Et niſi ius immiſſi liquidum, aut in continenti probetur, Wurſm. *d. loc. n. 7.* ubi non niſi ſoluto debito miſſus poſſeſſione cedit, Moller. *d. C. 23. n. 12.*

20) Quare hic expenſæ actori refundendæ, Menoch. *Arb. Cap. 6. n. 7.* Wurmſer. *Tit. 6. Obſ. 6. n. 30.* Scaccia *d. C. 96. n. 8.* Neque etiam unquam facile auditur contumax, niſi refectis expenſis, Viv. *Lib. 1. Deciſ. 11. n. 1. & 2.* Maranta *Part. 6. Tit. de contumac. n. 16.*

diendum eſſe reum, qui rediiſſet, quam ſi [21] dediſſet fideiuſſorem iudicio ſiſtendi cauſſa: quanvis alioqui non eſſet is, a quo exigeretur a principio ſatiſdatio.

21) Quomodo oblata ſatiſdatione, ſequeſtratio quoque & arreſtum tollitur, Gail. *de Arreſt. imperii. C. 1. n. 21. & Cap. 2. n. 7. & 14.* Coler. *de Proceſſ. execut. P. 1. Cap. 2. n. 75. & Dec. 34. n. 24.* Gœd. *de Sequeſtr. C. 3. n. 14. & ſeqq.* Ant. Del Re. *de iure cal. C. 15. n. 222.* vid. tamen Leonin. 7. *Emend. 1. n. 9.* Quid ſi præſtare nequeat fideiuſſores? Sufficere iuratoriam vult Wurmſer. *Tit. 7. Obſ. 7. n. 1.* Quod tamen non obtinebit, ſi antea iurata cautione præſtita contumax, ut *ſupra Cap. 9. ſub fin.* vid. Marant. *P. 6. Tit. de Contumacia n. 22. & ſeqq.*

C A P. XII.

Ei qui in poſſeſſionem bonorum miſſus eſt, vim fieri non debere. Quid ſit hic poſſeſſio; quid creditores hanc nacti conſequantur: ad titulum, de rebus auctoritate iudicis poſſidendis.

Quæ interdicti pœna adverſus vim facientem miſſo in poſſeſſionem: quatenus hæc in iure canonico evitetur. I.
Miſſio in poſſeſſionem quid valeat, & quod ius tribuat, aut neget creditori. II.
Etiam Ius pignoris in re poſſeſſa creditori tribuit; quid huic iuri conſequens. III.
Quid de hereditariis inſtrumentis & rationibus creditori liceat. IV.
Actio in factum inter creditores & eum cuius de bonis agitur, mutua. V.
Iure ſuo omni ita potiuntur creditores ſi a prætore miſſi ſunt in poſſeſſionem vel omnes, vel eorum aliquis. VI.
Hoc poſteriore caſu, quatenus alii veniant in poſſeſſionem, & partem ferant e diſtractis rebus. VII.
Neceſſarium creditoribus ut ab uno ſaltem illorum ventum fuerit in poſſeſſionem bonorum debitoris. VIII.

I. QUI in bona miſſi, ſive ire iuſſi ſunt, hoc conſequuntur, ut in bona ſuo iure ire poſſint. Quibus ſi vis fiat, quo minus in ea veniant, prætor alia parte edicti eos tuetur, & iudicium in factum adverſus eum, qui vim fecit vel dolo malo prohibuit poſſidere in poſſeſſionem miſſum, conſtituit, quanti [1] ea res eſt, ob quam is qui agit, miſſus eſt. *L. 1. & toto tit. D. Ne vis fiat ei, qui in poſ. miſ. eſt.* Quo iudicio ſive interdicto non liberatur reus, quanvis cautionem offerat iudicio ſiſtendi cauſſa; ſed hoc ei tantum prodeſt ad poſſeſſionem obtinendam, ne creditor in ea ſit. *L. pen. §. ult. C. de præſcript. 30. vel 40. ann. C. ult. ut lit. non conteſtat.* Iure pontificio eccleſiaſticis perſonis & illud indulgetur, ut interdicti illius pœnam evitent cautionis illius oblatione intra annum, quo ſcilicet interdictum concluſum eſt. *C. 1. extr. de dol. & contumac.*

II. In bona cum venerint, tum eorum poſſeſſionem nanciſcuntur: quo verbo non poſſeſſio proprie ſed magis cuſtodia & obſervatio rerum eis concedi intelligitur, non in hac ſpecie tantum; ſed in omnibus aliis cauſſis, ex quibus in poſſeſſionem iri ſolet. *L. 3. §. ult. D. de acq. poſſ. L. cum legati. 12. quib. ex cau. in poſ. eat.* ut conſequens ſit, multo minus dominium ex hac cauſſa [2] acquiri. *L. in poſſeſſionem, C. de bon. auc. iud. poſ.* ne tamen fructus interim depereat, dum bona poſſidentur: non tantum placet, ſi quis fructus ex prædio debitoris capi poteſt, poſſe creditorem eum fructum vendere, & locare: ſed etiam ex bona fide id facere iubetur: eique rei formam edicto præſcripſit prætor: cavens, quando id facere poſſit creditor: quis poſſit ex pluribus, ſi forte plures in poſſeſſionem bonorum miſſi ſunt: de qua re diligenter & dilucide ſcriptum eſt in *L. in venditione, 8. §. 1. uſque ad fin. L. D. de reb. auc. iud. poſ.* Sed ut ſciatur nihil habere creditorem; in eo præter rei adminiſtrationem, fructus, & quicquid ex re conſecu-

1) De quo vid. Oldend. *Cl. 2. Act. 5.* Sebaſt. Medic. *de Conſervan. poſſeſſ. p. 2. Glo. 2. n. 4. & ſeqq. p. 567.* Menoch. *Retin. poſſ. Remed. 1.* P. Frider. 2. *de Mand. indic 57. n. 4. & ſeqq.*

2) Et nec ex ſecundo decreto, ſi cum DD. loqui licet, aut edicti parte alia, vid. Schifordegher. *Lib. 1. ad Ant. Fab. Tr. 7. Quaſt. 5.*

ſecutus eſt, aut [3] in ſortem imputare cogitur, aut reſtituere. *L. prætor.* 9. *L. creditore*, 14. *D. de reb auct. iud. poſſ.* Proinde nec ſi creditores inopes ſint, id conſequuntur, ut ex rebus, in quarum poſſeſſionem miſſi ſunt, alantur. *L. Fulcinius, quib. ex cauſ. in poſſ.* In cauſſa tamen hereditatis, quia is agit, qui ſe verum heredem eſſe contendit, ne forte ſi ſit verus heres fiat illi iniuria, ſi ex re ſua ali non poſſit, conſtitutum eſt, ut ſi poſſeſſor ſui copiam non faciat, ac nimia eius contumacia videatur, ſic petitor inducatur in poſſeſſionem rerum hereditariarum, ut ex his etiam fructum poſſit percipere, qui [4] lucro eius cedat. *L. Fulcinius, §. ult. eod.* Poſſeſſio & cuſtodia, quam dixi (ne quis forte eam, cum nuda ſit, inutilem putet) huc ſpectat, ut ſaltem [5] tædio perpetuæ cuſtodiæ extorqueat a debitore id, quod iniungitur: nempe ut veniat. *L.* 5. in pr. *D. ut in poſſ. leg.*

III. Sed præter cuſtodiam & poſſeſſionem rerum, etiam pignus [6] conſtituitur creditori, qui iuſſus in poſſeſſionem venit. *L. non eſt mirum, D. de pig. actio.* Pignus eum creditori conſtitui dicimus, hoc dicimus, ſic res ſubiici poteſtati creditorum, qui in poſſeſſionem miſſi ſunt, ut nihil inde poſſit debitor attingere, non magis, quam ſi res eſſent ab ipſo pignore obligatæ: tum ut quæ inde nata ſunt, omnia habeantur iure pignoris: quæ res facit, ut bonis a creditoribus poſſeſſis, nihil liceat domino de his ne ad veſcendum quidem ſumere. Exceptus eſt pupillus, de quo ita ſcriptum eſt in *L. ſi pupillus*, 33. *D. de reb.* auct. iud. poſſ. *Si pupillus ex contractu ſuo non defendatur, ideoque bona eius creditores poſſidere ceperint: deminutio ex his bonis fieri debet veſcendi pupilli cauſſa.* Idem expreſſum eſt [7] in *L. ult. D. eod.* quod ius & ad furioſum, prodigum, & cæteros, qui curatorum ope iuvantur, transferendum videtur, hac ratione, quod iſtorum omnium ſtatus & habitus a pupilli conditione non multum abhorreat: nam & hoc argumento alibi Ulpianus, quod in pupillo conſtitutum erat, colligit & in iſtorum, quos dixi, perſona exempla pupilli eſſe ſervandum. *L. Fulcinius, §. plane, quib. ex cauſ. in poſſ.*

IV. De inſtrumentis, & rationibus hereditatis quid in his poſſidendis, in inventarium referendis, & deſcribendis permittatur creditoribus, dilucide ſcribit Ulpianus in *L. cum plures*, 15. *D. de reb. auct iud. poſſ.*

V. Quoniam autem per occaſionem poſſeſſionis bonorum creditores multa ex rebus conſequi, alia in iis deteriora facere poſ-

3) Vid. & Gail. *de Arreſt. C.* 12. *n.* 8. Gœd. *de Sequeſtr. C.* 2. *n.* 5. *&* 3. *ſeqq. & n.* 16. ubi ſi male in his verſetur immiſſus, eoſve diſſipet, fructuum ſequeſtrationem fieri oſtendit per *d. C.* 2. *extr. de ſequeſtr.* in realibus ex receptiori opinione, qua miſſus verus poſſeſſor ſtatuitur, ut *N. præced.* eundem fructus lucrari, nec illos ſortem extenuare docet Sig Scacc. 1. *de iudic* 96. *n* 7. Soluto vero ex fructibus debitu, cuius cauſſa miſſus, num alterius debiti nomine bona retineri poſſint, vid Moller. 2. *Semeſtr.* 23 *n.* 11.

4) Quod ſingulare eſſe in petitione hereditatis, cui & alias multa ſpecialia ut *L.* 11. *Cod. de pet her.* docet Coraſ. *in d L.* 15 § 16 *Summ.* 1 *&* 2 *decreti num.* 33. Verum alii plerique ob magnam contumaciam Rei, ſine cauſſæ reſpectu, vere res eius poſſideri, etiam ſecundo decreto non interpoſito, produnt, vid. Menoch. *Retin. poſſ. Remed.* 3. *n* 178. *& ſeq.* Coler. *P.* 3 *C.* 12. *n.* 46. Sed Gœdd. *de Sequeſt. C.* 2. *n.* 15. intelligit *d. §. ult* de ſecundo decreto, quippe cui cauſſam det nimia & perſeverans rei contumacia. Enimvero ſi duplex decretum DD. in hac miſſione recte ſtatueretur, omnino de ea, quæ ex ſecundo decreto, accipienda hæc eſſent. Et ſane illa omnia, quæ poſt *L.* 7. §. 1. *Quib. ex cauſ. in poſſ* habentur *&* 1. *tit. de reb. auct. iudic. poſſid.* non pertinere ad priorem edicti partem, quæ *L.* 2. *pr. Quib. ex cauſſ. in poſſ.* relata videntur. Cæterum arg. *d. § ult.* ſtatuunt Menoch. *d. loc. n.* 179. Coraſ. *d. loc. n.* 34. & Coler. *d. Cap.* 12. *n.* 97. ſtatuto vel conſuetudine effici poſſe, ut immiſſus ob adverſarii contumaciam ex primo decreto fructus lucretur.

5) Unde hanc tædialem poſſeſſionem vocari ſcribit Menoch. *Retin. poſſeſſ Remed.* 3. *n.* 170. Quem de hoc vid. *ibidem & in n. ſeqq.* Et Coler. *de Proceſſ. exſec. P.* 1. *Cap.* 10. *n.* 45. *& ſeqq. ac P.* 3. *Cap.* 10. *n.* 2. *&* 3 Vacon. 2. *Declar.* 34. *n.* 14 Gail. *de Arreſt C.* 12. *n* 8. Gœdd. *de Sequeſtr Cap.* 2. *n* 3. *&* 8. Atque hoc admittunt omnes regulariter in actionibus in perſonam, quoad bona immobilia. Veram autem poſſeſſionem miſſo in mobilia acquiri docent, vid. Coler. *P.* 3. *C.* 12. *n.* 45. Et in realibus quoque actionibus veram poſſeſſionem acquiri etiam intra annum, poſt annum autem perpetuam ac irrevocabilem plerique ſtatuunt, vid. Coraſ. *in L.* 15. §. *Iulianus* 16. *de damn infect. Summ* 1. *&* 2 *decreti n.* 20 Gabr. Sarayna *Annot ad Matheſilan. Sing.* 85. Coler. *d. C* 10 *n* 1. *& d C* 12. *n.* 44. Blarer. *in L. diffam. C.* 2. *n.* 10. *pag.* 69. Gail. *de Arreſt. C.* 1. *n.* 7. Scaccia 1 *de iudic* 96. *n.* 8. Moventur *L. pen* §. *pen.* verbis prior poſſeſſor *Cod. de praſ.* 30. *ann.* Quod non inſcite impugnant Menoch. *d. Remed* 3. *n.* 208. *& ſeqq* Gœd. *de ſequeſtr. C.* 2. *n* 9. *& ſeqq.* quem adi. Et Pacian. 1. *de Probat n tim. n* 38. *& ſeqq.* Enimvero Coler. *d. C.* 12 *n.* 44. *& ſeqq* & alias quoque & in univerſum to exceptiones profert, quibus nempe propria poſſeſſio miſſione hac transferatur. Quid iure Saxonico vid. not. *Cap. præced. N.* 3.

6) Et hoc pignus Prætorium, per *L* 2. *Cod. Qui pot. in pignor. L* 3. *D. Ut in poſſ. L.* Hot. *ad L. properand.* 13. §. 1. *Cod. de iudic.* Ant. Fab. 10. *Err. Prag.* 6. Donell. *de Pignor. C.* 6. Coler. *de Proceſſ. exſec. Parte* 1. *C.* 2. *n.* 53. Gœd. *de Sequeſtr C.* 1. *n.* 109 *pag.* 153. Quod differre a conventionali notat Menoch. *Arb. Caſ.* 6. *n.* 7. (1 In hoc maius ius creditori ac poſſeſſio. (2) Hoc non redditur, niſi debito ſoluto. Prætorium vero iſtud refuſis impenſis & purgata contumacia, Differt quoque hæc miſſio ab arreſto, quod non fit cuſtodiæ cauſſa & in rem quoque litigioſam exercetur, Gœd. *in Rub. extr. de ſequeſtr. n* 20. licet multi eum eo confundant, vocantes ſpeciem arreſti: Quod non convenit niſi abuſive ex affinitate quadam ratione effectus, idem Gœd. *ad Cap.* 1. *dict. tit. n.* 111 *pag.* 177. Et a ſequeſtratione per quam nec detentatio aut nuda (ut barbare loquuntur) tenuta, creditori tribuitur, ſed res cuſtodiæ alterius certa lege committitur, Coler. *dict. P.* 1. *C.* 2 *n.* 61. *& ſeqq* Nec ea creditor pignus prætorium conſequitur.

7) Vid. Cuiac. 24. *Obſ.* 17. qui *dict. L. ult. pr* duplici correctione emendat legens *pupillo*, &c. *in poſſeſſione bonorum, &c.* reſecta vocula *minoribus*. Verum non inſolens Iuriſconſultis tranſitus ab unitatis ad multitudinis numerum ut *not. ſupr. Lib.* 18. *C.* 2. *N.* 27. Proinde emendationis haud eget locus.

poſſunt: contra & ipſi in his ex bona fide ſumptus facere: hac de cauſſa actio in factum invicem propoſita eſt a prætore inter creditores, & eum, cuius bona ſunt poſſeſſa: qua de re extat edictum prætoris, & eius interpretatio in [8] *L. prætor*, 9. *D. de reb. iud. auct. poſſ.* Idem continet *L. creditore*, 14. *§. ult. D. eod.*

VI. Hæc quæ ſupra ſcripta ſunt, quæ conſequi creditores diximus, meminiſſe oportebit ſic illos conſequi, ſi in bona ire a prætore iuſſi ſint, ut edicto expreſſum eſt, ideſt miſſi ſint in poſſeſſionem bonorum, ſive ad bona occupanda, & poſſidenda, id ergo a prætore impetrandum eſt. Sed ſciendum eſt ſi unum poſtulantem prætor ire in poſſeſſionem iuſſerit, cum omnibus aliis creditoribus permiſiſſe videri. *L. cum unus*, 12. *D. de reb. iud. auct. poſſ.* Plus dicimus, ſi is qui miſſus eſt in poſſeſſionem, bona poſſidere ceperit: non ſibi tantum, ſed etiam [9] aliis poſſidebit. *L. 5. §. alia, D. ut in poſſ. legib.*

VII. Ergo alii, cum volent, in poſſeſſionem venient ſine novo permiſſu, ac ſi quid ex bonis diſtractis redactum ſit, etiam partem ex eo ferent; ſed ea lege & conditione, quæ conſtituta eſt in hac re a Iuſtiniano in *L. ult.* in princ. *D. de bon. auct. iud. poſſ.* Nempe hac, ſi hi eum domicilium haberent, in eadem provincia, in qua bona poſſeſſa ſunt, venirent intra biennium, cum autem domicilium haberent in alia provincia, venerint intra quatuor annos: & ſimul utrique impenſas, quas hi, qui in poſſeſſionem miſſi erant, fecerunt, pro modo æris alieni iis refuderint. De quibus ille vult fidem haberi earum auctoribus iurantibus ſe eas feciſſe.

VIII. Non eſt ſatis creditorem in poſſeſſionem bonorum eſſe miſſum, ut illa conſequatur, quæ dixi, poſſeſſionem, inquam, & pignus bonorum: ſed etiam [10] venire oportet. Nam ut nulla in univerſum poſſeſſio acquiritur, niſi corpore. *L.* 3. in pr. *D. de acquir. poſſeſſ.* ſic nec contrahitur pignus prætorium aliter, quam ſi ventum ſit in poſſeſſionem. *d. L. non eſt mirum, de pig. ac.* Unum quidem venire ſatis eſt, ut cæteri poſſidere videantur, ut ante dixi, *L. 5. § alia, ut in poſſ. leg.* interim vel unum ſaltem venire oportet. Sane ſi per eum qui miſſus eſt, & quem venire volumus, non ſtet, quominus incipiat poſſidere, ſed ſtet per naturam, aut vim maiorem: *recte dicitur*, inquit Paulus, *non eſſe, quod poſſideatur*. Hoc Paulus in *L. cum unus*, 12. *§. ult. de reb. iud. auct. poſſ.* quod ex *L. quanvis, ſeq.* ſic interpretandum eſt; perinde haberi debebit, quaſi creditor poſſideret. Tunc enim adipiſci debet poſſeſſionem creditor, cum eſt, quod poſſideatur.

CAP.

8) Quæ etſi ex dolo *d. L. 9. §. ult.* in factum tamen datur *d. L. 9. pr.* Sed ſine dolo admiſſo non tenet *d. L. 9. §. 5.* Et dari eam intra annum etiam hodie, vult Cuiac. *in Paulo ad L. 10. d. tit.* nec ex quo de dolo actioni biennium præfinitum, etiam huic.

9) Unde Græci vocant τὴν καθόλου νομὴν τῶν δανειστῶν Petr. Fab. *ad L. 148. de R. I. initio* Cuiac *in Paulo ad d. L. 12.* Quare & impenſæ ad omnes pertinent, quia commune negocium eſt *L. 9. §. 4. eod.* Atque huc reſpicere regulam *d. L. 148* oſtendit ib. Petr. Fab. Effectus ut qui prior miſſus in hoc prætorio pignore non ſit potior iure, ſed æqualis omnium cauſſa, nullo inter eos ordine ſervato, Cuiac. *d. loc.* Si nempe omnes Chirographarii *L. 6. Cod. de bon. act. iudic. poſſid.* Petr. Fab. *d. loc.* Coler. *de Proceſſ. Parte 1 Cap. 2. n. 52. & Parte 3. C. 12. n.* 89. Vital. 2. *Var. Lect. 14. n. 2.* Rauchb. *Parte 2. Q. 9. n. 6.* Atque huius Iuris uſum adhuc ſupereſſe, nec *Nov. 53. Cap. 4. §. 1.* ſublatum adſtruit Petr. Frider. *Lib. 3. de Contiment. cauſſ. Cap. 15. n. 3.*

10) In quo differt prætorium pignus a conventionali. Donellus ad *tit. C. de præt. pign. n. 8.*

Digitized by Google

C A P. X I I I.

Quorum bona ex edicto diſtrahi poſſint, & quando.

Bona fraudationis cauſſa latitantium dumtaxat iuberi diſtrahi a prætore. I.
Quis fraudationis cauſſa latitet; & adverſus quos fraus eſſe debeat. II.
Item bona defuncti, cui nullus extabit heres, aut aliquis pupillus vel furioſus, qui non defendantur. III.
Defuncti exitum patitur deportatus, & relegatus. IV.
Item bona furioſi & prodigi, ex cauſſa; & ſi non defendantur. V.
Non autem pupilli bona, quandiu impubes erit: & quatenus cum illo contractum. VI.
Quid cum pupillo contractum habeatur. VII.
Quo tempore latitantis, & defuncti ſine ſucceſſore, & furioſi bona diſtrahi permitteretur. VIII.

I. Quorum bona ex edicto prætoris poſſeſſa ſunt, ea etiam iubet [1] diſtrahi, ſed neque omnium, verum [2] latitantium tantum bona, & ſimilium: neque ſtatim: ſed ita, ſi res exigat, ut eſt in *L. item*, §. *ceterum*, *D. ex quib. cauſ. maior*. Quæ quid valeant, & primum quorum permittat bona venundari, videamus. Et in iis quidem, qui vivunt & ſui poteſtatem facere poſſunt, ut ſit cum ipſis experiundi copia, non aliorum bona prætor iubet vendi, quam eorum, qui latitant fraudationis cauſſa: de quo ita edictum conceptum eſt in *L. Fulcinius*, *quib. ex cauſ. in* poſſ. eat. *Qui fraudationis cauſſa latitabit, ſi boni viri arbitratu non defendetur, eius bona poſſideri, vendique iubebo*. Iubet ergo prætor bona vendi: ſed his conditionibus, ſi & latitet reus, & latitet fraudationis cauſſa.

II. Latitat omnis, qui uſpiam ſe occultat, ut creditorem evitet, vel qui ſubterfugit; idque efficit, ne ſecum agi poſſit: ubicunque tandem ſit; ſive profugerit ex urbe, ſive in urbe [3] agens copiam ſui non faciat,

1) Vulgo DD. duo decreta agnoſcunt. Et ex contumacia perſeverante poſt miſſionem ex primo decreto, interponi ſecundum decretum, & ſic deinde ad diſtractionem bonorum veniri, Menoch. *Arb. Caſ.* 6. Scaccia 1. *de Iudic.* 96. RæVard. *Probrib. Cap.* 3. *cir. fin.* Coraſ. *ad Leg.* 15. §. *Iulianus* 16. *de damn. infect. Summ.* 1. *&* 2. *decreti*, Afin *de Exſecut.* § 7 *Cap. ultim.* Gœd. *de Sequeſtr. Cap.* 2. *n.* 14. *& ſeqq.* (ubi & in realibus hoc neceſſarium ſtatuit, contranitente Coraſ. *d. loc. n.* 18. & Gail *de Arreſt. Cap.* 1. *n* 17. *& ſeqq.*) Scip. Gentil 1. *de Iuriſd.* 24. Quibus aliqui 3. decretum addunt, Hot. *ad L.* 13. §. 1. *Cod. de iudic.* Sed verius eſt, uti nullibi mentio ſecundi decreti in iure, præterquam in cauſſa damni infecti *dict. L.* 15. §. 16. agnoſcente Coraſ. *ibidem in Prælud. n.* 23 *in fin* ita nec in aliis cauſſis id interponi, Caſp. Schiſordegeher. *Lib.* 1. *ad* Anton. Fab. *Tr.* 7. Quæ & olim ſententia *gloſſa in L.* 4. *de Iuriſd* teſte Maranta *P.* 6. *Titul. de Contumacia n.* 12. ac nulli hic decreto locum eſſe, Cuiac. 31. ut not. *ſupr. Cap.* 11 *N.* 3. Diſtinguendum vero potius inter diverſas partes edicti. Et quidem contra eum qui iudicio ſiſti cavit, primo in bona ire iubet Prætor *L.* 2. §. 1. *Quib. ex cauſſ in poſſ.* poſtea bona ea veneunt ex alia parte edicti *L.* 6 §. 1. *eod.* Aſt contra latitantem fraudationis cauſſa ex una eademque edicti clauſula *L.* 7. §. 1. *dict. eit.* bona poſſideri vendique iubentur. Neque diverſo hic tempore duo decreta, neque etiam duo iuſſus interponuntur: tametſi ad venditionem non protinus, ſed tempore tranſacto, veniatur *L.* 9. *Codic de bon. auct. iudic.* vid not. *Cap.* 11. *N.* 6. *& h. C. N.* 7. Cæterum de bonorum diſtractione & ſubhaſtationibus, earumque iure ac ſolemnibus fuſe Rebuff. *Tract. de Præconiis & Licitat* Ægidius Magiſter. *Decis. in Ir de Bon proſcript ſeu ſubhaſtationibus*, Iodoc. Damhuder *Subhaſtationum Compendio & Exegeſi*. Io Bapt. Afin. *de Exec.* §. 4. *Cap.* 70. *& Cap.* 83. *& ſeqq Cap.* 86. *&* 126 ac fuſius § 6. paſſim Coler. *de Proceſſ. P.* 3. *Cap.* 4. *n.* 73. *& ſeqq.* Parlad. 2. *her. quotid. Cap. fin. Parte* 5. §. 8. Hot. *ad L.* 13. §. 1 *C. de iudic. & Conſ.* 23 Pinell. *ad L* 2. *C. de reſc. vend. P.* 2. *C.* 2. *n.* 24 *& ſeqq* Coraſ *SC. Tolo*ſ *C.* 7. Anton. de Gamma *Deciſ.* 40. 77. 95. 198. *&* 252. Magon. *Deciſ.* 131. Moller. 1. *Semeſtr.* 12. *ac* 4. *Semeſtr.* 5. *& ad Nov. Elect. Sax.* 38 *P.* 1. Modeſt. Piſt. *P.* 1. *Quæſt.* 12. *& P.* 4. *Quæſt.* 148. P. Heig *P.* 1. *Quæſt.* 35. Rauchb *P.* 1. *Q.* 46. Iac. Shult. *Q Tract* 42 Io. Meichſner *Tomo* 2. *Deciſ. Cam. Lib.* 2 *Deciſ* Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib* 9. *Cap.* 8. *& P.* 4. *Lib.* 8. *Cap.* 5. Munnoz *de Ratiocin C.* 16. Hering. *de Fideiuſſ. Cap.* 6. *n* 18 *& ſeqq* Barthol. Muſculus *de Succeſſ. convent. Claſſe* 1, *Membro* 3. *pag* 63 *& ſeqq.*

2) Ita & Cuiac. 10. *Obſ.* 31. (ubi declarat quis ſine latitatione abſit) Coler. *Deciſ.* 134 *n* 8.

3) Ut ſi ſe in eodem foro occultet circa columnas *d. L.* 7. §. 13 *d. L.* 36. Quod de columnis in foro poſitis, & quibus id refertum accipiunt Alc. 4 *Parerg* 27 Cuiac. 1. *Obſ.* 13. *&* 15 *Obſ.* 8. Sed Hot. 2 *Amicab.* 13. intelligit non quibus porticus in ambitu fori ſuſtinebantur, quæ enim ait, illa latitatio, niſi perdicis ſimilis, putantis capite occultato ſe probe latere: ſed quæ baſilicas ſuſtinebant, ad quæ tribunalia poſita. Aut circa ſtationes *d. L.* 7. §. 13. Ubi Cuiac. 1. *Obſ.* 13 ea voce ſubmota, reponit *ſtatuas*, quia ita Sidon. *Lib.* 1. *Epiſt. ad Montiam*. Alii fugere poſt ſtatuas, occulti poſt columnas. Sed notatur a Briſſ 2. *Antiquit.* 12. quia in foro Romano ſtationes fuerint, ſeu tabernæ, Sueton. *Neron* C 37. Agell. 13. *Noct.* 13. *L. pen. C. de operibus publ.* Unde ſtatio adiungitur tabernæ *L.* 15. § 7. *de iniur.* Eum rurſus notat Cuiac. 2. *Obſ.* 40 quod ſtationes diverſæ a tabernis, & ab iis diſtinctæ *d.* §. 7. loca ſignificent, quibus homines frequentes convenire ſolent. Sed Hot. 2. *Amicab.* 13 *ſtationum* quidem verbo varios hominum congreſſus denotari. Eas vero *d.* §. 13. non ſignificari, cum in pleriſque nihil impedimenti fuerit, quo minus inde in ius vocari debitor, ſive manus iniici poſſit. Sed quæ iuris indicive audiendi & circumſiſtendi cauſſa fiebant in baſilicis vel foro. Denique Rævar. 4. *Var.* 7 ſtationes immo illas intelligit ac illa verba exponit, de eis qui ſe ſtationibus, id eſt congreſſibus convenientium, ita immiſcent, ut eo medio conſpectum adverſariorum fugiant. Sic enim Ambroſ. *Serm.* 25 ſtationes vocantur quod ſtantes & commorantes in eis inimicos inſidiantes repellamus. Plura de latitante, Cuiac.

faciat, *l. eum qui*, 36. *D. de reb. iud. auct. poſſ. L. Fulcinius*, §. *latitare*, §. *illud ſciendum*, *D. quib. ex cau. in poſ.* Sed fraudationis cauſſa latitare oportet: ut in eo & fraus inſit, & conſilium fraudandi. arg. §. *prævaluiſſe*, *Inſt. qui & quib. ex cauſ. manu. non poſ.* Itaque ſive creditores non fraudantur ſive fraudantur quidem, ſed non ideo latitat reus, ut fraudet, edicto locus non erit: ſac aliquem eſſe qui præſens iudicium pati non compellatur: Huius bona non diſtrahentur: Quippe nihil facit fruſtrandæ actionis cauſſa, inquit Ulpianus, qui in ea cauſſa eſt. *L.* 3. *D. de iud.* id eſt, nihil facit, ut fruſtra ſit actio, & inanis: ſive ut creditor ea actione nihil conſequatur, & recte. Nulla enim fuit actio creditori adverſus eum, qui conveniri, etſi præſens eſſet, non poſſet. Sed etſi fraudet creditores reus fruſtrando eorum actionem abſentia ſua, ſi tamen abſit fraudandi conſilium, ceſſabit edictum. Proinde ſi tyranni crudelitatem timens, aut vim hoſtium, aut domeſticas ſeditiones, ſe occultet: eius bona non vendentur ex edicto; quia latitat ille quidem: ſed ut ſibi, & vitæ ſuæ conſulat; non hoc animo, ut quenquam fraudet. *L. Fulcinius*, §. *cum hoc*, §. *quid ſit autem*, *D. quib. ex cauſ. in poſ. eat.* Sed nec cuiuſvis fraudationi animus ſatis eſt ad venditionem bonorum. Ea fraudatio in hoc edicto accepta eſt, per quam id agitur, non ut alius quivis fraudetur: ſed ut fraudentur creditores. *d. L. Fulcinius*, §. *ſed & is*. Adeoque id valuit, ut ſi adverſus quoſdam creditores conſilium ſit ſe occultare, adverſus quoſdam non ſit: ii ſoli poſſint impetrare venditionem, adverſus quos reus latitet. *d. L. Fulcinius*, §. *quid ſi*, & *ſeq.*

III. Num ergo aliorum bona non venduntur ex edicto, quam latitantium? Si ſunt inquam, hi quibus cum actio & iudicium eſſe poteſt natura: non aliorum. Dum enim ſunt, qui conveniri poſſunt, ſpes eſt eos venturos eſſe, & poteſtatem ſui facturos: nec vero interim deterius quidquam adverſus eos conſuli oportet, qui nihil faciunt fraudandi cauſſa, & quos credibile eſt poſſeſſione rerum ſuarum excitari poſſe, ut veniant, & bonis ſuis conſulant. Præſertim cum ea poſſeſſione cautum ſit creditoribus: ut pote pignore prætorio illis conſtituto. Et quidem ad eos tantum ſuperius edictum pertinet: quippe in quos ſolos cadit, ut lateant [4]: at ſi certum ſit, nullum debitorem ſupereſſe, quod accidit, cum debitor defunctus eſt, & nemo ei heres extitit; aut is debitor ſit, cum quo non ſit experiundi poteſtas, nec certum ſit aliquando fore, quantumvis corpore præſens ſit: ſimulatque conſtiterit, iſtos non defendi, non ſolum mittit prætor creditores in poſſeſſionem bonorum talium debitorum: ſed etiam vænire iubet: fruſtra enim exſpectatur, dum veneant ii, qui aut non ſunt, aut perinde habentur quaſi non ſint. Ergo alia parte edicti prætor iſtorum bona permittet vendi, quos ſubiicio. Primum defuncti cuiuslibet, cui nemo heres extitit: de eo quidem debitore, cui filius pupillus heres exſtitit & poſtea hereditate patris ſe abſtinuit, ſic ſcribit Paulus in *L.* 6. *D. de reb. iud.* auct. poſſ. *Si non expedierit pupillo, hereditatem parentis retinere, prætor bona defuncti permittet vænire, ut quod ſuperaverit, pupillo reſtituatur.* Hæc, inquam, Paulus pupillo herede ſe abſtinente. Sed non eo minus idem permittetur, ſi filius maior annis vigintiquinque heres exſtiterit patri, & ſe hereditate abſtinuerit; multoque magis idem fiet; ſi extraneus repudiaverit hereditatem. In illis enim pariter contingit, ut nemo ſit defuncto heres cum re: in hoc, ut ne exiſtat quidem. Et ſane ſi pupilli perſona alioqui ſavorabilis non obſtat creditoribus paternis bona patris diſtrahentibus: multo minus cæterorum heredum qui repudiaverunt aut ſe abſtinuerunt, his obſtabit, quominus bona vacantia diſtrahantur. Scribit Ulpianus in *L.* 1. in pr. *D. de ſucceſ. ed* in hæc verba: *Bene igitur prætor putavit præſtituere tempus iis, quibus bonorum poſſeſſionem detulit, & dare inter eos ſucceſſionem, ut maturius poſſint creditores ſcire, utrum habeant, cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fiſco ſint delata, an potius ad poſſeſſionem bonorum procedere debeant; quaſi ſine ſucceſſore defuncto.* Creditores ad poſſeſſionem bonorum proceſſuros dixit: nihil

Cuiac. 11 *Obſ.* 8. P. Vander. *de Privil. credit. C.* 16. ubi & Ciceronem *pro Quintio* ſine iuſta cauſſa notari ab Ulp. *in d. L.* 7. § 4. ſcribit, eo quod Cicero eam latitationem definierit, quæ edicto expreſſa. Hos debitores veſpertiliones dici, quod interdiu delitiſcentes metu creditorum, noctu tantum prodeant, oſtendit Tit Popma *de Operis ſervor p.* 98 ita exponens veſpertilionem ſervum *L.* 31 *de evict. L.* 72 § *pen. de ſol. iuxta vulg. lect.* Cæterum ut ſciatur an latitet id inveſtigatur per denunciationem ad domum prædiumve factam *L.* 4. §. 5. *de dam. infect. C.* 1. & 2. *de foro comp. in* 6 Denunciatio hæc ſit ſolemniter & teſtato: et ſi præſenti atteſtatur, ſin abſenti, deteſtatur *L.* 30. §. 2 *de V. S.* ubi vid. Gœd

4) Quid igitur in bannito & num contra hunc ceſſet 2. decretum tanquam qui ſe defendere nequeat nec vero latitet, vid. Nellus de S. Geminiano *Tr. de Bannitis Parte* 12. *Div. temporum n.* 65.

hil amplius: idemque in hac ſpecie ſcriptum eſt, in *L. ſi bona, C. de bonis auct. iud. poſſ.* ſed qui dicit creditores proceſſuros ad id, quod primum eſt, cætera, quæ ſequuntur, eis non adimit. Et quo bona poſſidere licere creditoribus, & pignus prætorium in his conſtitui, ſi ea pignoris iure diſtrahere non licet, & inde ſuum conſequi. Non tantum autem ſi defuncto nullus ſit heres, bona a creditoribus diſtrahi poſſunt ex edicto: ſed etiam ſi pupillus, aut furioſus patri heredes exſtiterint, neque defendentur. *L. 3. quib. ex cauſſ. in poſſ. eat.* Nam ii ſunt cum quibus iudicium non poſſit conſiſtere: quoniam iure obligari non poſſint.

IV. In bonorum diſtractione mortui exitum patitur non tantum qui perpetuo exſilio damnatus eſt: ſed etiam qui temporario. De quo hæc Papiniani verba ſunt, in *L. ad cognitionem*, 13. in fin. *quib. ex cauſ. in poſſ.* Nam & exſilio temporario (id eſt, relegatione) puniti ſi defenſor non exſiſtat, bona veneunt: non eſt in eadem cauſſa qui ab hoſtibus captus eſt, quia nihil deliquit. *L. ult. D. de reb. iud. auct. poſſeſ.*

V. Ut defuncti cui nemo heres eſt, ſic furioſi, prodigi, cæterorumque, qui curatorum conſilio reguntur, & in eorum perpetua curatione ſunt, bona permittit prætor vendi, ſi nemo exſiſtat eorum defenſor: ſed cauſſa cognita: ideſt ſi urgeat æs alienum, & dilatio damnum allatura ſit creditoribus: quæ ita vendi iubentur, ut quod ſuperſit, ſupra ſcriptis perſonis detur: hæc prope totidem verbis in *L. Fulcinius, §. plane, quib. ex cauſ. in poſſ.*

VI. Inter iſtos non numeratur pupillus quanvis non defendatur: propterea quod cum ſit conſtitutum tempus cum poſſit conveniri, nempe pubertas (poteſt enim pubes & iudicio agere & conveniri curatore ei in litem dato) id tempus iubetur expectari creditoribus de eo quod cum ipſo pupillo contractum ſit: ſi quidem enim contractus ex perſona patris deſcendat, recte viſum eſt Marcello, ut Ulpianus refert in *L. 3. quib. ex cauſſ. in poſſ. eat.* patris, cui pupillus heres extitit, bona & poſſideri poſſe & [5] vendi, ſi pupillus non recte defendatur: eſſe enim perquam iniquum, eum qui nihil cum pupillo contraxit, exſpectare eius pubertatem: cæterum ſi quid cum pupillo pupillave contractum erit, neque is ab alio defendetur, ius certum fuit ex edicto prætorem in bona eius iure iuſſurum: Vendi bona non permiſſurum, ſed iuſſurum expectari pubertatem: quod ex ea *L. 3.* liquido intelligitur.

VII. Inde Ulpianus ibidem tractat, quid cum pupillo videatur contractum in *§. contractum*, & deinceps: docetque in ſumma omne cum pupillo contractum hic habendum eſſe, ac ſi unius obligatio poſt mortem patris nata ſit, qua pupillus teneri ceperit: neque referre, vere contractus ſit, an quaſi contractus: obligatus ſit ipſe per ſe, an per alios, ut per ſervum & tutorem: ac fuiſſe hoc ius de pupillo edicto comprehenſum, declarat Ulpianus illis verbis in *d. §. contractum*. Ergo puto, etſi cum tutore contractum ſit ex qua cauſſa actio in pupillum datur, magis eſſe, ut edicto locus ſit, quaſi cum eo contractum ſit. Et ne longius teſtimonia petantur, extat clauſula edicti in *L. 6. eod. tit.* in qua cum prætor polliceretur diſtractionem eorum bonorum, quæ poſſeſſa eſſent a creditoribus, nominatim poſtea pupilli, & eius, qui reipublicæ cauſſa abeſt, bona excepit.

VIII. Et hi quidem ſunt, quorum bona ex edicto veneunt, aut non veneunt, ſed non ut quiſque ea conditione eſt, ut bona eius vænire poſſint, continuo etiam ea diſtrahi prætor iubet, ne latitantis quidem: ſed ita, ſi res exegerit: ut Ulpianum ſcribere diximus initio *d. L. item, §. cæterum. D. ex quib. cau. maio.* His autem verbis in latitante intelligere debemus, quod expreſſum eſt in *L. cum proponas, C. de bon. auct. iud. poſſ.* nempe, ſi & tempus tranſactum ſit ut debitorem contumacem eſſe intelligere liceat, & is, qui poſtulat ſibi fieri diſtrahendi poteſtatem, doceat [6] eum, cuius bona poſſeſſa ſunt, ſuum eſſe debitorem. In quo tem-

5) Ita & Cuiac. 10. *Obſ.* 31. add. Coraſ. *ad L.* 15. §. 16 *de dam. inf. Summa.* 1. *&* 2. *decreti n.* 20. Confer. *ſupra C.* 11. *N.* 8. *&* 17.

6) Ita poſt Bartolum & alios Sig. Scacc. 1. *de iud.* 96. *n.* 12. requiri plenam probationem de iure actoris ante interpoſitionem 2. decreti, etſi ſummarie recipienda ſit, nempe abſente parte. Et iuxta hanc, ſeu receptiorem opinionem iudicandum cenſet, licet contraria, quod ſemiplena & ſummaria probatio ſufficiat, probabilior. Cauſſam ſubhaſtationum ſummariam eſſe, ſive realis ſive perſonalis actio poſt Speculat. & Soci. tradit Iac. Schult. *Obſ. forenſ.* 3. *n.* 122. Enimvero cum plerumque viliori quam par ſit, pretio res ſub haſta vendi ſoleant: non nimis debitor urgendus, ne iniuria ei fiat, rebus, magno incommodo viliſſimo diſtractis, A. Fab. 11. *Err. Prag.* 5. Etſi vero magna fides haſtæ, in auctione tamen quoque locum eſſe beneficio *L.* 2. *C. de reſcind. vend.* probat A. Fab. 10. *Err. Prag.* 7. Siquidem auctoritas decreti tota pertinet ad ius ſubhaſtationum, non ad cauſſam reſciſſionis; & pertinet hoc ad materiam ſubhaſtationum, non ad formam; nec creditoris, ſed emptoris dolo res viliori pretio diſtrahitur. Et Vaſq. 3. *Contr. uſu freq.* 61. *n.* 2. *&* 3. quia cauſſa & ratio ſolum alienandi comprobatur decreto iudicis. Ac etſi eius præſentia læſio abeſſe cenſeatur, contraria tamen pro-

pus tranſactum, intelligo legitimum tempus, intra 7 quod alioqui & lite conteſtata ſolent rei legitimis edictis evocari, prius, quam rem cognoſcat iudex, & pronunciet. De quo tempore dicemus poſtea ſuo loco: hoc autem tempus & ea edicta in hac re accipi debere colligi poteſt ex *L. penult. C. ubi in rem act.* In defuncti bonis, cui nemo heres exſtiterit hoc exigemus, ut conſtet neminem heredem eſſe, & creditores de debito doceant. Nam evocare quemquam, qui adſit, eique ſolemnibus edictis præſtituere tempus, intra quod adſit, ſtultum eſt: cum conſtet, qui id faciet, eſſe neminem. Adverſus furioſum & ſimiles, qui conſilio curatorum reguntur, quid ius exigat ſupra dictum eſt. Nam quæ res facit, ut horum bona vendi poſſint, eadem facit, ut poſſint ſtatim.

CAP.

probstio recipi debet. Fac. *L. ult. C. ſi in cauſſ. iudic. L. 3. C. de exſec. rei iud.* Idem affirmat Iac. Curt. 2. *Coniect. ad Fratr.* 10. Licet enim videatur iuſtum pretium, quod ex communi uſu, populo ad licitandum admiſſo, ſtatutum *L. 63. ad L. Falc.* non tamen hoc remedium excludi convenit: Neque ex parte ementis; enim ſæpe per æmulationem inconſideratæ ſint adiectiones, more hominum qui eius rei, quæ alıis placet, cupiditate tenentur & incenduntur: Neque ex parte vendentis. Quid enim ſi pauci ad haſtam acceſſerunt, quid ſi in gratiam eius, qui primus adiectionem fecit, metuve indignationis nemo auſus contra licitari. Atque hanc receptiorem vocat, ac in praxi ſervari Pinel. *ad d. L. 2. C. de reſc. vend. P. 2. C. 2. n.* 25. add. Gomez. 2. *Var. Reſol.* 2. *n.* 23. Pacian. *Conſ.* 87. Damhuder. *ſupra d. C.* 26. *& C. 5. n.* 6. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 32. *P. 1. n.* 20. *& ſeqq.* ubi contra ſtatuit iure Saxonico *&* 3. *Semeſtr.* 12. Plane etſi nullitatis arguantur ſubhaſtationes non audiendus debitor, niſi oblato debito cum acceſſionibus legitimis. Quia ſemper magis eſt quod imputetur debitori, cur non ſolverit, quam creditori aut emptori cur non rite perfecta auctio, Ant. Fab. 10. *Err. Prag.* 7.

7) Alii 30. dies fuiſſe putant moti loco Cic. *pro Quintio* Ræv. *Protribun. C.* 3. *& ad L.* 148. *de R. I.* Hot. *ad L.* 13. *§.* 1. *C. de iud.* Sc. Gent. 1. *de Iuriſd.* 24. *p.* 88. Alii tempus iure non definitum eſſe, proinde arbitrio iudicis id committi, Marauta *P.* 6. *T. de contum. n.* 12. Coraſ. *ad L.* 15. *§.* 16. *de dam. inf. Summa* 1. *&* 2. *decreti n.* 21. Gail. *de Arreſt. C.* 1. *n.* 18. Menoch. poſt ſeptem alias opiniones percenſitas *Arbitr. Caſ.* 6. *n.* 13. Quod Scaccia 1. *de Iud.* 96. *n.* 10. admittit in actione in perſonam, ubi vero in actione in rem miſſio ſit, veniri ad 2. decretum poſt anni lapſum, per *L.* 8. *§. pen. C. de præſ.* 30. *ann.* Iure noſtro ita eſſe puto: Latitantis bona poſſideri vendique iubentur eadem edicti clauſula *L.* 7. *§.* 1. *h. t.* Eodem igitur tempore quo miſſio contra eos, proſcriptio quoque fiebat una prætoris iuſſione. Fiebat autem proſcriptio fixis publice & ad ædes debitoris tabulis, omnibuſque eius bonis ſuſpendebantur libelli, ut ex Sen. 4. *de Ben.* Cic. *pro Quintio* Ræv. *Protrib. C.* 3. *ſub finem* (qui tamen poſt 30. dierum poſſeſſionem demum proſcriptas fuiſſe docet) poſtea lapſo aliquo tempore ad creditorum poſtulatum. Prætor auctionem fieri permittebat *L.* 9. *C. de bon. auct. iud. poſſ.* Quomodo proſcriptionem & auctionem ſecernit Hot. *ad L.* 13. *§.* 1. *C. de iudic.* Cum quo tamen nolim tria hic decreta agnoſcere. Sicuti & errorem forenſium qui præter duo decreta ratione creditorum, duplex quoque decretum quoad emptorem commenti ſunt, redarguit A. Fab. 10. *Err. Prag.* 6.

Digitized by Google

C A P. XIV.

Quæ ſint, quæ quærantur bonorum auctione conſtituta.

Partitio rerum atque ordo. I.
Quæ veniant in auctione nomine bonorum. II.
Excipi a bonorum venditione ſtatuas in publico poſitas, & *quare*. III.
Quo in loco bona vendi oporteat. IV.
Quis cui in bonorum licitatione præferatur, V.

I. VEnditione, & auctione bonorum conſtituta hæc quæruntur: Quid in bonis numerandum ſit: ubi bona vænire debeant. In auctione, ſi plures eamdem rem licitentur, quis cui præferatur; poſtremo ſi bona non ſint ſolvendo, & plures exſiſtant creditores, an omnes pariter admittantur ad commodum bonorum pro portione, an alii aliis præferantur, & qui quibus præferantur.

II. At bonorum appellatione conſtat [1] omnia contineri, non tantum quæ domini noſtri ſunt: ſed etiam quæ ſunt in ea cauſſa, ut de his poſſidentes exceptionem, amittentes autem ad ea recuperanda actionem habeamus. *L. rem in bonis*, *D. de acq. rer. dom.* In quo quæ numerentur, expreſſum eſt in *L. bonorum*, *D. de ver. ſig.* itaque & uſusfructus, qui debitoris eſt, in venditionem veniet. *L. in venditione* 8. *D. de reb. ind. auct. poſſ.* Non tantum ideo, quia de eo habemus in rem actionem: ſed etiam quia uſusfructus quodammodo pars dominii eſt: certe emolumentum, & vicem partis obtinet. *L.* 4. *D. de uſufr. L. Mævius*, §. *fundo*, *D. de leg* 2.

III. Sed humanitatis cauſſa, ne cum ipſis bonis etiam ſolatium vitæ, & famæ adimatur, placuit non tantum re integra, ſed etiam bonis iam venditis excipi & ſtatuas, quæ [2] in honorem debitoris in publico poſitæ ſunt, *L. Fulcinius*, 29. *D. de reb. aud. auct. poſſ.* & concubinam, itemque liberos eius naturales; *L. penul. D. eod.* quanvis conſtet, ſi ſtatua affixa ſit ædibus debitoris, ſtatuam ædibus cedere, ac proinde eſſe debitoris. *d. L. Fulcinius*. Concubinam autem, debitoris eſſe ancillam, cum qua dominus conſuetudinem habeat, quæ ſi debitoris eſt, erunt & liberi debitoris. §. *ult. Inſt. de iur. perſ.*

IV. Bona quæ erunt, ibi [3] vendi oportet, ubi quiſque defendi debet: id eſt ubi domicilium habet, aut ubi quiſque contraxit: contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium geſtum eſt: ſed quo ſolvenda eſt pecunia: hæc in *l.* 1. 2. 3. *D. de reb. aud. auct. poſſ.*

V. Ex licitatoribus quis alio potior habeatur in auctione, de eo ita ſcriptum eſt in *L. cum bona*, *D. eod.* Cum bona veneunt in comparatione extranei, & eius qui creditor, cognatuſve ſit, potior habetur creditor, cognatuſve. [4] Magis tamen cre-

1) Et quidem Cuiac *ad Nov.* 53. *Parte* 3. *p.* 193. (& eius verbis Schiſordegher *Lib.* 1. *ad A. Fab Tract.* 7. *Q.* 1.) ita vendi univerſa docet, ut nec quod ſupereſt reddatur debitori, quia hoc certis ſolum perſonis datum ſit *L.* 7. §. 11. *Quib. ex cauſ. in poſſ.* Verum iniqua hæc ſeveritas; ni certiori auctoritate adſtruatur, fides Cuiacio temere non habenda. Quippe ex *d.* §. 11. ſat firmo argumento id non adſtruitur. Neque enim opinor, ibi rino Iuriſconſulti in ver. *quia hominis* ad hoc redditur quod ſuperfluum reddendum, ſed ad priora & id quod principaliter *d.* §. 11. deciditur, nimirum bona furioſi ut vendantur, plura requiri, quæ non æque in venditione bonorum debitoris latitantis neceſſaria.

2) Vid. Vander. *de Priv. credit.* *C.* 1. ubi oſtendit ſæpe Clariſſimorum virorum, quibus ſtatuæ poſitæ, bona creditoribus non ſatisfeciſſe, veluti Agrippæ Menenii Liv. *Lib.* 2. cui ſumptus funeri curando defuerunt.

3) Publice ac palam, ritu ſolemni, haſta in foro poſita. Unde ea publicæ auctionis vis, ut nullus certior firmiorque acquirendi ſit modus. Quod hoc ritu populus data fide publica earum venditionum evictionem belli armorumque periculo, in ſe reciperet, Hot. *Conſ.* 23. *n.* 1. Confer. Cagnol. *in L.* 2. §. *cumque Conſules* 27. *de O. I. n.* 398. (ubi plura de haſtæ uſu familiari Romanis domi ac militiæ, in honorem forte Romuli qui ab haſta Quirinus & inde Quirites) P. Greg. 47. *Synt.* 24. *n.* 9. Damhuder. *Subhaſtat. exegeſi C.* 1. *n.* 10. & *ſeq.* Goth. *ad Rub. C. de fide & iure haſtæ fiſc. Lib.* 10. *tit* 3. Adhibebatur vero in his auctionibus præco, qui pretium auctionemque proclamabat ex Plauto *in Stichο*, *cum* Marq. Freher. 2. *Parerg.* 20. Sectores vero dicti qui emebant, Philip. Beroald. *Annot. C* 85. Qui digito ſublato ſe emptores profitebantur, vid. Franciſc. Mod. *Novantiq. lect. Epiſt.* 105. Licitari vero & auctionari, ut differant, & quod prius non ſignificet pretium augere, vid. Franc. Philelphus *Epiſtola ad* Iacob Puteum *in Centuria Epiſt. Philolog. eſt Ep.* 12. Cadere antiqui pro auctione diſtrahere, Ioan. Sar. Zamoſc. *Lib.* 2 *de Senatu Romano p.* 117. De ſolemnibus ſubhaſtationis Damhuder. *d. Tract. C.* 3. & 4.

4) Ut & creditor facilius ſuum conſequatur & commodius compenſatione liberetur debitor, quæ eadem ratio ſuadet præferri eum cui maius creditum, P. Vander *de Privil. cred. C.* 12. Ad hæc creditorum negocium potiſſimum geritur, quibus, poſtulantibus bona venduntur, A. Fab. 5. *Conſ.* 15. Obiic. Immo tunc demum admittitur creditor, ſi alius non exiſtat, vel non dignum pretium offerat *L.* 2. *ſi in ca. iud. pig.* Reſp. Vanderau. *d. L.* 12. hoc definiri *d. L.* 2. quod iſto caſu creditor emere debeat, ac ordine debito obſervato in ſolutum accipere cogatur. Non inde recte inferri dato extraneo creditorem arceri. Melius A. Fab. 5. *Coniect.* 15 Quando diſtrahuntur bona, creditor ad licitationem non admittitur, quamdiu

creditor, quam cognatus, & inter creditores potior is, cui maior pecunia debetur.

diu alii emptores adſunt *d. L. 2. C. ſi in ca. iud. L. 3. C. de exſecut. rei iudic. L. ult. §. ſin vero 2. C. de iur. dom. imp* Licitatione tamen facta ab aliis, creditor habet ius prælationis, ſi ipſe eodem pretio, quod maximum alius offert, rem habere velit iuxta diſtinctionem *d. L. 16.* Quippe tunc nihil intereſt debitoris, & nihil ei deperit, quicunque rem conſequatur. Ibidem Faber interpretationes gl. duas reprobat (1) Quaſi *d. L.* 16. de addicendis bonis tractet, velitque ut ſi creditorum alii cognati, alii extranei, illi ut his præferantur. Nam immo aliud eſt venire ſeu vendi bona: aliud addici, ubi deficit emptor, & extraneus *d. L.* 16. qui neque creditor neque cognatus. (2) Si inter creditores diſputetur an bona vendenda ſint, quorum ſententiam ſequi oporteat. Id enim plane non convenit verbis aut menti legis. Plane, quod, ibidem Faber contra Bartolum & DD. comm. contendit in comparatione creditorum non præferri eum qui & creditor & cognatus, ei qui creditor tantum, in eo haud penitus illi aſſentior. Potentius, ait, eſt ius crediti. Neque cum de privilegiis creditorum quæritur, ius cognationis iuri crediti quidquam addit. Nullum denique verbum *d. L. 16.* quo probetur potiorem cauſſam eſſe creditoris ac cognati ſimul quam creditoris ſolum, quia non coniunctim, ſed diſiunctim loquitur. Vis forſan his aliqua, ubi alter, non cognatus, maioris pecuniæ creditor, ſi exceſſus non mediocris Aſt ſi æquales ambo in cumulo debiti, vel alterius ſumma parum excedat, nonne maior ratio pro altero cognato, ut potior ſit, qui duplici quam qui una cauſſa nititur. Nam & alias affectioni cognatorum in res forte avitas & bona maiorum iura indulgent *L. 35. de minor.* Movemur enim ut Cic. 2. *de LL.* neſcio quo pacto locis ipſis in quibus eorum, quos diligimus, adſunt veſtigia, Vander. *ſupra d. C. 12.* Confer. *not. ſupra Lib. 21. C. 9. N. 1.* Præcipue autem cognatorum ratio habenda, ubi bona defuncti, veneunt, cui mero onerum nullus heres extitit, ceu *d. L.* 12. accipit Vanderan. *d. loc.* Confer. Moll. 2. *Semeſtr.* 29. *n.* 3 Andr. Sceffer. *P. 1. Q. Pract.* 18. *& P. 2. Q.* 16. Et de *d. L.* 12. ſenſu vide quoque Matth. Brun. *de Ceſſ. bonor. Q. principali* 23.

C A P. X V.

De privilegiis creditorum in bonis, quæ diſtrahuntur: & ad hunc Titulum Digeſtorum.

Continuatio. Hoc loco quæri de creditoribus Chirographariis; & quis eorum alteri præferatur. I.

Hos eſſe illis potiores, qui aut privilegio utuntur, aut habent bonorum ſeparationem. Quod hic privilegium. II.

Privilegia æſtimari non tempore, ſed cauſſa, quid ſit. Nomine cauſſæ quid veniat. III.

In privilegii cauſſa ſpectari aut perſonam, aut rem, aut utrumque. IV.

Perſona *duplex, Fiſcus & Reſpublica. Quando Fiſcus privilegio non utatur.* V.

Ad cauſſam *pertinet omnis impenſa funeris.* VI.

Item pecunia credita ad navem conſtruendam, armandam aut emendam. VII.

Item credita in domus refectionem. An pecunia, qua empta res eſt, habeat, hoc vel aliud privilegium. VIII.

Item depoſita apud menſam, cum de menſularii bonis agitur, IX.

Item data eo conſilio ut perveniret ad creditores privilegiatos. X.

Ad utrumque *ſpectat pecunia, ſeu res in dotem data; ſi tamen agat mulier.* XI.

Quid ſi prioris uxoris filii in repetenda matris dote concurrant cum agente noverca. XII.

Item mala adminiſtratio rerum pupilli, furioſi, ſurdi & muti; ſi hi tamen agant, non heredes. XIII.

Curator bonis abſentium datus non utitur privilegio. XIV.

Inter privilegiatos præfertur omnibus mulier in cauſſa dotis; etiam Fiſco: qui excipiantur. XV.

Fiſcus excepta muliere, cæteris, etiam impenſæ funeris. XVI.

Qui fiſco ſuccedant ordine privilegiati. XVII.

Ordo qualis inter reliqua id genus privilegia. XVIII.

Ordinem eſſe inter privilegiatos ex diverſa non ex eadem & pari cauſſa. XIX.

Exceptio. XX.

I. SI bonis diſtractis plures ſint creditores, neque bona ſimul omnibus ſint ſolvendo, nemo ignorat multum intereſſe, uniuſcuiuſque creditoris anteponi ipſum cæteris, & præcipere de bonis, quod ſibi debeatur. Proinde an ſint, qui aliis præferantur, & qui ſunt, quæritur. De chirographariis quæro (ſic enim vocantur hi, quibus ex chirographo tantum ſine pignore pecunia debetur. *L. penult. D. de reb. auct. iud. poſſ. & tit. C. ſi ob chiro. pec.*) Aut iis qui res alioqui obligatas non perſequuntur, Nam ſi quibus pignus datum eſt, & hypothecaria agant, certo iure utimur, ut, ſi ſoli ſint in pignore, rem obligatam ſoli auferant a poſſeſſore, non tan-

tantum bonis debitoris poſſeſſis, ſed etiam nec poſſeſſis, nec diſtractis: & ſi plures in pignore concurrent, is iure potior ſit, qui tempore prior eſt. §. *item Serviana*, *Inſt. de action.* *L. ſi fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pignor.* *L.* 2. & 3. *C. qui pot. in pig.* De pignore, inquam, deque iis, qui aliquid ſuo iure vindicent, hoc loco non quæritur: [1] ſed de iis, qui ſibi aliquid deberi, idque ut ſibi ſolvatur præ cæteris contendunt.

II. Et ut ſine pignore alii aliis potiores ſint, duæ res faciunt, Privilegium, & bonorum Separatio. Privilegium eſt ius ſine pignore ante alios exigendi.

III. Quibus ſit privilegium, docet Paulus in *L. privilegia*, 32. *D. de reb. auct. ind. poſſ.* his verbis: *Privilegia*, inquit, *ex tempore non æſtimantur*, *ſed ex cauſſa*. Quod dicit, privilegia ex tempore non æſtimari, habet hanc ſententiam: neminem ideo privilegium exigendi habere, quia prius contraxerit: neminem, quia tempore prior ſit, ideo iure exigendi eſſe potiorem, ut in pignore. Quod dicit privilegia æſtimari *ex cauſſa*, hoc ſignificat; dari privilegium ſi cauſſa ſit, & ratio, cur huic potius detur, quam illi: quanvis is, in quo hæc cauſſa hæret, poſtea contraxerit: hoc ſentio, cauſſam hic non debere accipere nos rem, & negotium contractum, ut interdum alias ſolemus, ut eum dicimus, Beneficia & privilegia quædam cauſſæ eſſe, quædam perſonæ. *L. privilegia*, *D. de reg. iur.* *L. exceptiones*, *D. de except.* Non enim verum eſt, privilegio exigendi nihil locum facere, niſi rem & cauſſam, de qua contractum eſt; cum propter ſolam conditinnem perſonæ interdum privilegium detur, ut mox dicam. Sed cauſſa hic intelligenda eſt, cauſſa privilegii, id eſt ratio, cur privilegium ſit datum: ſive [2] in eo favor rei verſetur, ſive perſonæ creditoris, ſive pariter utriuſque.

IV. Et quidem ita ſe res habet, ut in cauſſa privilegii (quando hanc requirimus) quibuſdam privilegium ob perſonam detur: ut hæc idonea cauſſa ſit; cur detur, quia creditor ſit illa aut iſta conditione perſonæ: quibuſdam ob rem, & cauſſam, de qua agitur, quæ ipſa videatur digna privilegio. Quibuſdam coniunctim ob rem, & perſonam: ut neque perſona ſatis ſit ad privilegium niſi in certa cauſſa nec cauſſa ipſa proſit, niſi certæ perſonæ, quæ lege aut edicto demonſtrata eſt: utraque res coniuncta ad rationem privilegii videatur ſatis.

V. Perſonæ, quibus privilegium datur, duæ ſunt: Fiſcus, & Reſpublica de fiſco eſt in *L. quod quis*, 34. *D. de reb. auct. iud. poſſ.* de Republica in *L.* [3] *penult. D. eod.* De fiſco non mirum; ut qui habeat ſemper etiam ius pignoris in rebus omnibus debitoris. *L. aufertur*, §. *fiſcus*, *D. de iur. fiſci*. Sed ita privilegium habet fiſcus, ut hoc in [4] pœna contra creditores non exerceatur: placuit enim fiſco non eſſe pœnam petendam niſi creditores ſuum recuperaverint. *L. quod placuit*, *D. de iure fiſci Cod. pœn. fiſc. creditor. præf.* Cauſſæ & res de quibus agitur, quæ habeant privilegium, ſunt quinque. VI.

1) Multum differunt ius prælationis & ius tacitæ hypothecæ, Anton. Fab. 6. *Err. Prag.* 1. ubi contendit tacita hypotheca munitum omnibus chirographariis, privilegiarii licet & anteriores ſint, præferri. Cæterum de hac feraci materia (cum lites de prioritate tam familiares ſint, in Curiis Germaniæ, quam obſonium in prandio, ut ait Ventura de Valentiis *Parthen. litig. Lib.* 1. *C.* 13. *n.* 15.) quæ hic omiſſa ex *Tract.* Petri Vanderani *de Privil. cred.* & Herman. Meirer. *de Præferent. credit.* add. Mynſ. 1. *Obſ.* 60. & Gail. 2. *Obſ.* 25. 10. Bapt. Aſin. *Tr. de Exec.* §. 7. Flores Diez. *Var. QQ. Lib.* 1. *Q.* 6. 10. Koppen. *Q.* 28. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 28. *P.* 1. *&* 1. *Semeſtr.* 25. *& ſeq. & Cap.* 28. Beuſt. *ad L. admonendi* 31. *de iurei. n.* 969. *p.* 667. *& ſeq. &c.* Coler. *Dec.* 137. *&* 279. *Conſ. Sax. Tomo* 1. *P.* 3. *Q.* 7.

2) Alter P. Vand. *de Priv. cred. C.* 2. qui *d. L.* 32. de ſolis perſonalibus privilegiis accipit, non etiam de his, quæ cauſſæ dicuntur *L.* 196. *de R. I.* vulgo realia, in quibus non cauſſam, ſed tempus ſpectari dicit. Exemplum *d. L.* 32. ponit in *L.* 7. §. *ult. Depoſ.* Confer. Arn. de Reiger. *Tract. meth. ad L. priv.* 196. *de R. I.*

3) Quod de Romana ſolum non alia intelligit Forn. 2. *Sel.* 22. *per L.* 10. *ad Municip.* Sed *d. L.* 10 hoc ſolum probat quod non ſit idem eius ius quod fiſci. Maior enim huius favor, cum pluribus civitatibus & provinciis uſus eius communicetur, & ad omnes provincias populi Romani extendatur, quam Reipublicæ cuius commoditas intra ſuos, ſe cives continet, Vander. *Tr. de Priv. credit. C.* 10. Hinc ius pignori taciti Reipublicæ negatur *L.* 2. *C. de iure reip. Lib.* 11. *tit.* 29. Dum vero ibidem additur cauſſam eius non ſeparari, &c. creditores eos intelligit Imperator quibus & perſonalis actio & privilegium perſonale: Id enim ſolum ibi propoſitum Imperatori cauſſam reipublicæ ſeparatam eſſe ab hypothecariis creditoribus. Quippe de eo, & num ius pignoris eſſet, Reipublicæ quæſitum erat. Sed num huic ius pignoris tributum in *L.* 2. *Cod. de deb. civit.* Negatur. Alias enim non poſt debitoris inopiam demum, nec pro rata ii, ad quos venerunt bona debitoris, tenerentur, ſed ſtatim in ſolidum. Obnoxia vero corpora ſeu res alienatæ dicuntur, non quod civitati hypothecæ obligatæ, ſed quia non poſſunt non videri obligata eius bona qui in multorum ære eſt, ita Vanderan. *d. C.* 10. Huc pertinet *L. Antiochenſium* 37. *de reb. auct. iud.* de cuius lectione & intellectu vid. Alcia. 1. *Diſpunct.* 11. Cuiac. 10. *Obſ.* 35. *&* 10. Reſponſ. Papin. *ad eam L.* Elb. Leonin. 6. *Emend.* 13. Connan. 4. *Comm.* 16. *n.* 2. *&* 3. Vanderan. *d. Tr. C.* 9.

4) Non tantum quia pœnæ odioſæ, Ioach. Steph. *Lib.* 3. *de Iuriſd. C.* 8. *n.* 23. ſed & quia tunc lucrum captans ut cedat de damno vitando ſollicitis æquum eſt. Ad hæc bonorum publicatio ita accipitur, ut æs alienum deducatur *L.* 72. *de iure dot.* cum bona dicantur deducto ære alieno, Forner. 3. *Sel.* 19. Quod fiſco idem ius Eccleſiæ (quæ gaudet omnibus privilegiis fiſci, Tiraq. *Priv. pia cauſſa* 143.) Mod. Piſt. *Q.* 129. ubi pluribus firmat late. Schult. Sed de tacita hypotheca fiſci vide Don. *Tr. de pignor.* 5. ubi aliquando dicam. Apparet autem hinc mentem Donelli eam eſſe quod & hypothecæ iure reali munitus, eo relicto concurrere creditoribus perſonalibus poſſit, vid. *infra C. ult. N.* 11. verſ. *Ad* 3. reſp. *&c.*

VI. Una eſt omnis cauſſa in qua de [5] funeris impenſa, id eſt de eo, quod in funus defuncti impenſum eſt, agitur, quam creditor de bonis quæ poſſeſſa & diſtracta ſunt, conſequi velit: ita ut nihil interſit, an creditor ideo eam repetat de his bonis, quia eum, cuius hæc bona fuerunt, funeraverit: an ideo, quia cum funeraverit, cuius funerandi cura ad dominum eorum bonorum pertinet, cum quo eo nomine agi potuit, *L. quæſitum, D. de reb. auct. iud. poſſ.* ad quos pertineat cura funeris, & a quibus repeti poſſit hæc impenſa, petendum eſt ex Titulo *D. de relig. & ſum. funer.*

VII. Altera eſt cauſſa pecuniæ creditæ, quæ in navem exſtruendam, vel inſtruendam, armandamve, vel etiam emendam ſit credita. *L. qui navem, 26. L. quod quis, 34. D. de reb. auct. iud. poſſ.* In navem nominatim dictum eſt, non etiam in res cæteras, ut hoc marium, non etiam aliarum rerum extructioni & emptioni datum intelligamus: nec abs re. Navium enim extructione, earumque numero, & robore ſalus & præſidium Reipublicæ maxime continetur. Nam nec ſine his bellum mari gerere, ullove modo adverſus vim, & incurſus hoſtinm aut piratarum mari ingruentium tuti eſſe poſſumus: & earum ad res ad vitam utiles in civitatem importandas, indeque avehendas, omniſque omnino generis commercia exercenda, ſine quibus Reſpublica ſtare diu non poteſt, neceſſarius eſt uſus; quorum nihil in prædio, aut ædibus aliiſve rebus dici poteſt.

VIII. Tertia cauſſa ſuperiori finitima eſt, pecuniæ ob reſtitutionem ædificiorum creditæ. *L. ſi ventri, §. 1. D. de reb. auct. iud. poſſ.* In qua ſpecie quæ ratio privilegio cauſſam dederit, & quam hoc obſervandum ſit, quod dictum eſt, ob reſtitutionem, non ob emptionem, inſtructionemve ædificiorum, docui ſub commentario de pignoribus ſub *Tit. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* Scio videri quibuſdam, Iuſtinianum in *Novella* 97. 1. *§. cæterum*. Conſtituere, quæcunque res emptæ ſunt ex pecunia alterius, eos privilegium habere, qui pecuniam in eas res crediderunt. Sic enim eius verba ſunt: *In omnibus enim hiſce poſteriores creditores, quorum pecuniis res vel comparatæ vel renovatæ ſunt, potiores ſunt his, qui vel multo antiquiores ſunt*. Sed quid proponat Iuſtinianus eo loco, ſpectandum eſt. Inſtituitur illic ſermo de hypothecis quibuſdam, quibus ait privilegia eſſe conceſſa, ut poſteriores cum ſint: tamen antiquioribus creditoribus præferantur: quorum in numero recenſet illos, quorum pecunia res empta eſt. Sic res habet, ut hypotheca conſtituta prærogativam temporis habeat, quanvis poſterior, ſi pecunia poſterioris creditoris hypotheca empta ſit: quia ſine ea pecunia non eſſet res priori ne obligata quidem. Hypotheca autem non conſtituta, quemadmodum is cuius pecunia res empta eſt, hypothecam in ea re non habet, multo minus habebit privilegium temporis in eam rem: cum privilegium non in re ſit, ſed in perſona. Sed meminerimus, privilegium dumtaxat exerceri in ea pecunia, quæ refecta ſit ex venditione rei, quæ ita empta aut ſervata erit. *d. Novell. 97. §. his conſequens*, verſ. *quæſitum*. Neque enim æquum eſt, longius progredi privilegium, quam patet ipſius privilegii cauſſa, arg. *in L. quod dictum, D. de pact.*

IX. Quarta eſt eius pecuniæ quam quis apud menſam fidem publicam ſecutus depoſuit: ſi de bonis menſularii agitur. *d. L. ſi ventri, §. in bonis, D. eod.*

X. Quinta eademque poſtrema eſt pecuniæ eius, quæ ita data eſt ut ad creditores privilegiarios perveniret, & pervenit. *L. 2. D. de ceſſ. bon. L. ſi ventri, §. eorum, D. de reb. auct. iud. poſſ.* Id eſt quæ creditoribus privilegiariis ſoluta eſt, ut inde debitor liberaretur: nec intererit, an quis dederit eam pecuniam ipſis creditoribus privilegiariis: an prius debitori, a quo deinde debitoribus ſit numerata: dummodo id non poſt aliquod intervallum factum ſit. *d. L. ſi ventri, §. ult.*

XI. Cauſſæ, quibus ita privilegium datur, ut ſimul in ea cauſſa detur & perſonæ, genere duæ ſunt: Una eſt pecuniæ & rei in dotem datæ: hæc ſive nuptiis ſecutis, ac deinde ſoluto matrimonio repetetur dotis actione, ſive his non ſecutis condicetur tanquam ob cauſſam data, cauſſa non ſecuta: habet cauſſa utro-

que

5) Quia enim magna funerum cura veteribus, merito hæc privilegia indulſerunt, ſine quibus, vel creditores ſæpe debitis, vel mortui iuſtis honoribus fraudarentur, Vander. *dict. Tr. Cap.* 3. Quem de hoc funerariæ actionis privilegio conſule uti & Forſt. *de Iuriſd. Rom. P. 1. Lege Numa* 6. *n.* 61. *& 2. ſeqq.* Fachinæ 12. *Contr.* 49. Io. Garſia Gallecus *de Expenſ. Cap.* 8. Timæ. Fab. 1. *Annot.* 3. 4. 5. Io. P. Surd. *Deciſ.* 112. *&* 255. Coler. *Dec.* 199. *& ſeqq.* add. *h. C. N.* 8. Idem in pharmacopœo ſtatuit Maynard. *Lib.* 2. *Deciſ.* 47. quoad medicamenta, item quoad impenſas in medicos & chirurgos, aut in purgationem ædium peſte infectarum. Sed id *Deciſ. ſeq.* 49. in pharmacopæo reſtringit ad medicamenta morbi illius quo quia deceſſit, quæ funerariis ſumptibus æquiparari ſcribit, non autem alia.

que modo privilegium. *L. quæſitum*, §. *ult. D. eod.* Sed habet hac lege, ſi mulier ipſa agat, cuius nomine dos data erat: alius hanc pecuniam repetens ſuo nomine, hoc privilegio non utetur: *dabimuſque*, inquit Ulpianus, *ex his cauſſis mulieri ipſi privilegium*. L. dabimuſque. *D. eod.* recte, *mulieri ipſi*; alii enim non dabitur: quoniam habet privilegium huius cauſſæ hanc rationem: quod intererit Reipublicæ mulierem ſolidum conſequi, ut poſſit poſtea nubere. *L. intereſt*, *D. eod.* quæ ratio ad alios non pertinet.

XII. Si tamen prioris uxoris defuncti filii dotem a matre datam repetant, concurrantque cum noverca, altera patris uxore, quæ & ipſa marito mortuo dotem ſuam repetat a mariti heredibus; placuit Iuſtiniano filios prioris matrimonii novercæ filiis præferri: ut quod viventi eorum matri tribueretur, hoc & ea mortua tribuatur eius liberis. *L. ult. §. exceptis*, *C. qui pot. in pig. habeat*.

XIII. Altera huius generis cauſſa eſt ea, in qua de adminiſtratione agitur rerum ad eos pertinentium, quibus ipſis tutor, aut curator datur, in quorum numero ſunt [6] pupilli, furioſi, prodigi, ſurdi, muti, fatui, *d. L. dabimuſque*, *§. ult.* & *LL.* ſeqq. *D. eod.* habetque hæc cauſſa privilegium, non tantum ſi quis iſtorum negotia negotiumve tanquam tutor aut curator geſſerit: ſed etiam ſi geſſerit ex officio amicitiæ. *L. ſi negotium*, *D. eod.* Verum ita ex hac cauſſa agenti privilegium eſt, ſi is agat, cuius negotia geſta ſunt, ut puta, dabitur pupillo, furioſo, & cæteris ſimilibus: at idem ad iſtorum heredes non pertinet: *d. L. dabimuſque*, *§. ult.* ut appareat in eo & cauſſæ, ſive rei, & perſonæ ſimul habitam eſſe rationem. Pupillus furioſus, & ſimiles favore, & auxilio digni ſunt: ſed non ita ut id cæteris creditoribus debitoris nocere debeat: niſi ſuperſcriptæ perſonæ de damno rerum laborent adverſus eos, qui rem ſuſceptam ex fide, & officio non ſunt executi. Quod fit, cum eorum negotia adminiſtrata ſunt, de qua adminiſtratione nunc agunt.

XIV. Eos dixi, quibus ipſis curator detur. Nam ſi qui ſint eiuſmodi quibus præſentibus non detur curator; abſentibus autem ipſis, detur curator eorum bonis, ne per abſentiam dominorum bona aliquid detrimenti capiant (quod quando fiat, dicam paulo poſt, ſub Titulo de curatore bonis dando) hi ex ſuperiore cauſſa privilegium non habent: *L. idem privilegium*, *D. eod.* ſcilicet, non eſt ea iſtorum perſona, quæ mereatur favorem, ut ſuperiorum.

XV. Etiam inter privilegiarios alii aliis [7] potiores ſunt cauſſa. Præfertur omnibus mulier in cauſſa dotis, ut eſt nominatim a Iuſtiniano conſtitutum in *L. ult. C. qui pot. in pig. hab.* Itaque etiam fiſco ipſi, ut conſtitutionis verba ſatis declarant: quanvis maritus cum fiſco prius contraxerit. In quo apparet receſſum eſſe a vetere iure & eo, quod cautum legimus in *L. 2. C. de privil. fiſ.* Tantum excepti ſunt Novella Iuſtiniani 97. *§. his conſequens*. Ii qui pecuniam crediderunt ad militiam emendam, hac lege dicta, ut qui credebant, reliquis omnibus eſſent potiores: si modo & negotium geſtum ſit interpoſita ſcriptura, quæ teſtium habeat ſubſcriptiones.

XVI. Secundum mulierem præfertur cæteris omnibus fiſcus. *L. quod quis*, *D. de reb. auct. iud. poſſ.* Cuius cauſſa ideo præcipua, quia publica. Scriptum quidem eſt in *L. penult. D. de relig.* & *ſum. fun.* impenſam funeris ſolere omne creditum etiam præcedere: cum bona ſolvendo non ſint: ſed hoc dictum non excludit fiſcum, nec quemquam alium qui privilegium habeat. Tunc enim proprie dicitur præcedi creditum cum cæteri creditores ad exactionem ſolum creditum obtendunt. Sane vero funeris impenſa præcedet eiuſmodi omne creditum, in quo nihil niſi creditum allegatur: at fiſcus non creditum ſolum obtendit, ſed una etiam privilegium ſuum, & in ſumma, impenſa funeris omne creditum præcedit, ut creditum duntaxat: omne privilegium nequaquam. Et ſane cum fiſcus habeat etiam [8] ius pignoris in bonis debitoris, par eſt, ut

6) Quod pupillus olim non habuerit ius tacitæ hypothecæ in bonis tutoris, ſed prælationis tantum docet A. Fab. 1 *Iurispr.* 12. *Princ* 3 *illat.* 11 Sed de hac & præcedentibus cauſſis cumprimis autem dotis, & an mulier potior hypothecariis anterioribus plenius aliquando alibi.

7) Alius ordo apud nos, ex *Nov. Elect. Auguſti* 28. *P.* 1. ubi merces familiæ debita vulgo *Liedlohn* omnibus præfertur. Quo de vid. omnino Hart. Piſt. *Lib.* 1. *Q.* 8. Col *Dec* 200 *n* 6.

8) Add. *infra Lib.* 14. *C.* 7. *n.* 19 *N.* 30. Convenit ac confirmant Vander. 4. *Tr. C* 3. Aſt immo funeris cauſſam potiorem eſſe tacita hypoteca probat aperte *L.* 14. §. 1. *de relig. & ſum. fun.* iunct. *L.* 4. *L.* 6 *pr. in quib. ca. pig. ta.. contr.* Coler. *Deciſ.* 160. *n.* 2 *& ſeqq.* Nec deſunt qui de expreſſa idem ſtatuunt, quos citat & ſequitur Forſt. *de iuriſd. Rom* 1. *p.* 1. *Num* 6. *n.* 65 Et inde firmat Timæ. Fab 1. *Annot.* 5. quia uti a ſepultura arceri nequeunt creditores, ita compelli poſſunt ad eum de ſuo funerandum. Omnium igitur ex æquo negotium geſtum a funerante, qui fecit ne bona funeris cauſſa minuerentur. Ad hæc nec in expreſſa hypotheca veniunt ea, quæ in *L.* 6. & 7. *de pig.* Multo autem iuſtior funeris cauſſa Quin & ſcholaſticos in debitis cauſſa ſtudii contractis, præferri aliis, quibuſcunque mulier in dote, per *L. aſſiduis ult.* §. 1. C.

ut qui in rem ipſam potior eſt, is & tunc potior ſit, cum agit in perſonam.

XVII. Poſt fiſcum inter privatos proximo loco privilegium habent, qui alicuius rei emendæ, reſtituendæ, aut inſtruendæ cauſſa pecuniam crediderint. *d. L. quod quis, D. de reb. auct. iud. poſſ.* Quod ſemper, ut ante monui meminerimus dictum eſſe de privilegio in ea pecunia exercendo, quæ ex venditione ſupra ſcriptarum rerum redacta ſit. *d. Novell. 97. § his conſequens.*

XVIII. Poſt hos actionem de funeris impenſa admittemus, ut ſic ea non privilegium, ſed creditum omne, quod ſine privilegio ſit, præcedat. *d. L. penul. D. de relig.* Poſt omnium privilegia extremus locus eſt ei, qui apud menſularium pecuniam [9] depoſuit. *d. L. ſi ventri, §. in bonis, de reb. auct. iud. poſſ.* Quod ad eum attinet, qui pecuniam dedit, ut ea ad privilegiarium creditorem perveniret, monendi ſumus eum nullo proprio iure uti; ſed in eius privilegiarii locum, ad quem pecunia pervenit, ſuccedere. *L. 2. D de ceſ. bono.* Eo fieri, ut quo iure, quove loco fuerit is, cuius in locum ſuccedit, eodem iure & loco habeatur is, qui ſucceſſit. Unde eveniet, ut conditione prioris creditoris, modo his, modo illis præferatur.

XIX. Hæc, quæ de prærogativa creditorum inter ipſos dicta ſunt, locum habent inter eos duntaxat, qui ex diverſis cauſſis agunt. Nam ſi plures ſint privilegiarii eiuſdem tituli, ideſt qui ex eadem cauſſa privilegium uſurpent: ut ſi plures pecuniam crediderint ad navem reficiendam, plures pupilli aut adoleſcentes de adminiſtratione tutelæ, aut bonorum ſuorum agant; diſerte Paulus definit in *d. L. privilegia, de reb. auct. iud. poſſ.* illos concurrere, nec alium alii [10] præferri, quanvis prius crediderit. In quo Iuſtinianus hanc ſpeciem excepit. Nam ſi proponas eundem duas uxores duxiſſe diverſis temporibus, eoque mortuo exſtitiſſe filios prioris matrimonii, qui dotem a matre ſua datam repetant, ſimul & eorum novercam, quæ item dotem repetat a ſe datam; conſtituit Iuſtinianus ut illi anteponantur novereæ, & ex tempore ſcilicet prærogativam habeant. Hoc in *L. ult. §. exceptis, C. qui pot. in pig. hab.* In qua conſtitutione diligenter obſervandum eſt, hoc privilegium filiis prioris matrimonii nominatim dari adverſus novercas.

XX. Ex quo colligemus, ſi alii heredes prioris uxoris dotem ab ea datam petant, & cum ſecunda uxore veniant, eos nequaquam eodem iure uſuros: & merito. Nam

1. C. *Qui pot. in pig.* ibi *quis enim non miſereatur earum*, iunct *auth. habita* ibi: *quis enim eorum non miſereatur C. Ne fil. pro patre*, Horat. Lucius *Privil. ſcholar.* 34. Rebuff. *Priv ſchol* 118 Et pro creditis his bona debitorum tacite hypotheeata eſſe, cum eodem privilegio prælationis quod eſt doti, poſt alios citatos Petr. Barboſa *ad L. 1. ſol. matrim. Parte* 7. *n.* 25.

9) Immo huius cauſſa potior ante privilegia *L. 7. §. 2. depoſ.* Quæ gravis antinomia, etſi utraque L. eiuſdem auctoris. Duar. *ad tit. D depoſ.* C. 4. Reſp regulariter ante privilegia *d. L. 7. §. 2.* quoties nempe dominium non transfertur: Quoties autem transfertur, (ut in ſpecie *L. 24. Depoſ.*) poſt privilegia *d. L. 24 §. 2.* Pac. 4. Q. 79. diſtinguit an depoſitarius in rem agat *d. L. 7. §* 2. an in perſonam *d. L. 24 §. 2.* Et Ant. Fab 2. *Err. Prag.* 2. ſi res exſtat & vindicatione repetitur, non cogitur de ordine cum cæteris litigare, quia non ut creditor agit, ſed ut dominus. Aſt ſi non exſtet vel exſtet quidem ſed depoſiti actione, forte domini probatione non ſuppetente, repetatur, de ordine illius inter reliquos creditores diſputari. Convenit Forner 3 *Sel.* 8. quia ait *d. L. 24. §. 2.* poſt privilegia potior ratio eorum, qui fidem publicam ſecuti, & ita generi per ſpeciem derogatur. Et ratio differentiæ perſonalis actio depoſiti a die initi contractus nata exinde demum competere in depoſitarium cœpit, ideoque poſterior obligatio anteriorum creditorum ius non tollit Contra rei vindicatio cum res eaſtat, quæ ubi ſit, domini manet, nec veteribus depoſitarii creditoribus pignoris iure obnoxia, in qua non de contracto, ſed de dominio quæritur atque hæc ſane actionis realis & perſonalis diſtinctio in *d L. 24 §* 2. habetur. Verum *d. L. 7. §* 2 non diſtinguit, quin titulus ſub quo locita eſt, arguit de actione depoſiti & ea contractu ibi tractari. Quare magis placet, quod Timæ *Fab* 1. *Ann.* 7 diſtinguit num pecunia obſignata depoſita, ut idem corpus in ſpecie reſtituatur. De quo loqui *d L. 7 §* 2 arguit, *L. ſeq* 8 Ubi vocatur fraudator, qui dici nequit, ſi quantitas vel ut tantundem in genere redderetur concredita. Sed *d L. 24. §* 2. accipitur ubi convenit tantundem in genere reddi, quo caſu dominium transfertur & in creditum itur. Hic igitur depoſiti agens poſt privilegia venit, potior tamen cæteris, quia fidei magis quam commercii cauſam continent, idque ſignificant verba *aliud eſt credere, aliud deponere.* Quod vero habetur *d L. 24 §. 2.* verſ. *ſed enim* de illo genere depoſiti quo corpora nummorum eadem reddi placuit, accipi vult Timæ. Fab. Qui & *ibid.* redarguit Molinæum, qui ſupervacuum hoc depoſitarii privilegium eſſe cenſuit, cum vindicando omnes vincere poſſit. Quid enim ſi dominii probatio deficiat, depoſiti autem ceu facilis ſuppetat, quid ſi res conſumptæ, &c. Confer. Hot. *Conſ* 79. ubi in ſpecie, qua is qui prius alteri omnia bona pignori obligavit ratione mercium acceptarum, res depoſitas vendidit, nec illæ vindicari poſſunt; obligatio autem illius qui merces vendidit, non tota præſens, ſed ſolutio in partes diviſa, ſuo cuique tempori attribuitur, deponentis potiorem cauſſam eſſe reſpondit. Depoſitum vero fictum & confeſſum ſolum non gaudere prærogativis veri depoſiti, docent Tiraq *de Retr. convent §. 4 Gl. 6. n* 14. Cagnol. *in L. ſingularia* 15. *de reb cred. n.* 33. Cæterum venditori, ſi dominium tranſtulit, nec pignoris ius ſibi ſervavit nulla prærogativa, quoad res venditas adhuc exſtantes, Gerard. Maynard. *Lib. 2. Deciſ* 45. Coler *Deciſ.* 279 *n.* 6. Excipitur niſi fraude circumventus ſit, Maynard. *d. Lib. 2. Deciſ.* 46. Veluti ſi ante venditionem emptor fugam vel ceſſionem bonorum meditatus, tunc enim nec fide de pretio habita dominium tranſit, vid Gail 2 *Obſ.* 15. *n.* 8. *&* 3. *ſeqq* ubi probe notandum monet.

10) Etſi ſolutum bona fide, antequam alii in poſſeſſionem miſſi, non repetatur *L* 21. *Quæ in fr. cred.* Coler. *Deciſ.* 137. *n.* 6. *&* 7. vide citatos *infra C. ult N.* 8. Cæterum apud noſtros ex *conſt. 2. Elect August.* vulgo *Vorgeſtb Anzſchreiben ann.* 1583 *edita tit vom Wucher und nachgelaſſenen Zinſen* in concurſu creditorum uſuræ ita demum ſolvuntur prioribus, ſi omnibus antea de ſorte ſatisfactum. Quomodo & apud ſuos iudicari refert Maynard. *Lib* 2. *Deciſ. Toloſ.* 32. quia ſorte recepta nihil perdidit, quo ad reliquum de lucro ſollicitus poſtponendus ei, qui damnum vitare ſatagit. Aliud tamen in uſuris pretii non ſoluti ſtatuit Moller. 1. *Semeſtr.* 28.

Digitized by Google

Nam ipſi privilegium quidem habent in dote, ut mulier habuit, cum ſit hoc, ut ſupra dixi, privilegium perſonale. Itaque non modo illi heredes non præferentur ſequenti uxori in dote exigenda: ſed ne concurrent quidem cum ea, quaſi einſdem tituli ſint; cum ſequens uxor non tam in privilegio dotis ſit prior quam ſola.

C A P. XVI.

De ſeparatione bonorum quæ diſtrahi oportet ex edicto. Ad hunc Titulum Digeſtorum.

Nexus & continuatio; rerumque partitio; quid ſit ſeparatio bonorum. I.
In tali ſeparatione ſpectari 1. *An quis illam poſtulanti ſit debitori; quando ſit talis, aut ſecus.* II.
2. *An creditores utrinque cum debitore contraxerint omnes, an aliqui dumtaxat. Quid priore caſu.* III.
Exceptio, eiuſque modificata ratio. IV.
Quid: cum alii creditores contraxerunt cum debitore, alii ſecus: aut hi cum diverſis debitoris deceſſoribus. V.
3. *An bonorum ſeparationem defuncti ſui debitoris poſtulent creditores hereditarii; an vero creditores heredis poſtulent bonorum huius ſeparationem. Et quid in utroque caſu.* VI.
Exceptio poſterioris caſus. VII.
Separationem bonorum eius, qui cum diverſis creditoribus vice fungatur & deceſſoris & heredis, qui talium creditorum ſemper obtineant, & qui adverſus unos recte, adverſus alios non ita. VIII.
Separatio bonorum excluditur eorumdem confuſione aut diſtractione; & quomodo. IX.
Item voluntate creditoris, aut tempore. Hoc cuiuſmodi. X.
Separatio prævio decreto a ſuperiore Magiſtratu impetranda. XI.
Quid bonorum ſeparationi conſequens. XII.

I. QUod aſſequuntur creditores privilegio exigendi, ut aliis prælati videlicet citius, & uberius ſuum teneant: hoc conſequuntur & ſeparatione bonorum debitoris; cum ex his certa quædam ſeparantur a cæteris & ipſis attribuuntur, unde præcipiant ſoli, quod ſibi debetur, cæteris creditoribus excluſis. Quibus creditoribus quorum bonorum & quanta ſeparatio iſta concedatur, videndum eſt. Nam neque tribuitur omnibus, neque omnium bonorum, neque ſemper cum quæritur, quis ſeparationem bonorum impetrare debeat.

II. Ante omnia ſpectandum eſt, utrum debitor, de cuius bonis agitur, poſtulanti ſeparationem, aliquid debeat, an nihil. Cum is, de cuius bonis agitur, nihil debet, ſic ſtatuatur, eum fruſtra poſtulare ſibi bona aliqua ſeparari, quæ ſeparata non poſſit diſtrahere, ac ne poſſidere quidem. Finge unius debitoris bona ad alium, qui & ipſe aliis debeat, eſſe translata ex emptione, donatione, aut alia iuſta cauſſa, ex qua res ſingulæ transferuntur. Non ideo prioris debitoris creditores recte poſtulaverint ſeparationem eorum bonorum, quæ olim debitoris ſui fuerint. Non enim amplius ea bona ſunt illius: ſed eius in quem poſtea ſunt translata. Hic autem prioris illius debitoris creditoribus non eſt obligatus. Atqui ſi cuius debitoris defuncti bona ad alium, qui & ipſe habeat ſuos creditores, perveniant iure hereditario, defuncti creditores iure poſtulent ſeparationem bonorum eius, ut infra dicetur. Cur hæc tam varie? quia eam ſeparationem ſibi concedi poſtulant in bonis, quæ nunc heredis eſſe cæperunt. Ut autem ipſis olim defunctus, ſic iiſdem nunc heres obligatur.

III. Cum hi poſtulabunt ſeparationem bonorum, quos conſtet creditores eſſe ius de cuius bonis agitur, ſecundo loco conſiderandum erit, utrum tam hi, qui poſtulant, quam hi adverſus quos poſtulatur, omnes cum debitore ipſo contraxerint, eorumve deceſſores, an vero alii cum eo contraxerint, alii non contraxerint. Si omnes creditores, inter quos res agitur, contraxerunt cum ipſo debitore, nulli adverſus cæteros datur bonorum certi ali-

cuius temporis, aut certæ conditionis ſeparatio. Ut puta, nulli datur ſeparatio eorum bonorum, quæ fuerunt, cum ipſe contraxit: aut eorum, quæ fuerunt caſtrenſia, idcirco quia tanquam cum milite contraxit, ſed omnes, quod ad ſeparationem pertinet, in eadem ſunt cauſſa.

IV. Solum excepti ſunt filiifamilias militis creditores, qui cum eo, cum iam miles eſſet, contraxerunt, quos placuit in caſtrenſibus bonis filiifamilias præferri cæteris eius creditoribus, qui antequam militaret, cum eo contraxerunt, atque ita ea bona a reliquo peculio filiifamilias ipſis ſeparari. Præterquam ſi cuius ex his pecunia in rem patris verſa fuerit: hoc ius cum proprium ſtatuatur in filiifamilias creditoribus. *L.* 1. §. [1] *ſi filiusf.* & *L.* ſeq. *D. eod.* Quid de cæteris omnibus, qui pariter contraxerunt cum debitore ſuo, iudicandum ſit, apparet; quamquam eius iuris ratio paulo poſt melius intelligetur. Quod attinet ad filiifamilias creditores, habet ſuperior exceptio hanc rationem. Eſt enim æquum creditores eos, qui perſonam militis ideo ſecuti ſunt, quia bona propria ſibi haberet, unde diſſolveret, non decipi his bonis ſibi ereptis, & in alios, qui non tanquam cum milite contraxerunt, tranſlatis. Et tamen ſi poſſit creditor militis cum patre eodem nomine in ſolidum experiri, & rem ſervare: recte conſtituitur non eſſe, cur cæteris creditoribus noceat non neceſsaria ſeparatione.

V. Oportet igitur, ut poſſit eſſe ſeparationi bonorum locus, ex creditoribus debitoris inter quos de ſeparatione contenditur, alios eſſe qui contraxerint cum debitore, alios qui non contraxerint: aut certe contraxerint cum diverſis, quorum in ius ſucceſſerit is debitor, cuius bona nunc poſſidentur; quod nunc accidit, cum is, qui ex perſona ſua quibuſdam debuit, heres extitit ei, qui & ipſe habuit ſuos creditores, aut qui duorum diverſorum debitorum hereditates adiit, heres enim non minus obligatur hereditariis creditoribus, quam ſuis propriis: tametſi cum illis nihil contraxerit. *L. more, D. de adquir. her.* hoc cum proponetur, nondum tamen ſatis.

VI. Etiam intereſt, idque tertio loco videndum, utrum hereditarii creditores poſtulent ſeparationem debitoris ſui defuncti, an creditores heredis poſtulent bonorum huius ſeparationem. Hereditarii creditores impetrant ut bona defuncti, eiuſdemque debitoris ſui ſibi [2] ſeparentur. *L.* 1. §. 1. *D. eod.* nec intereſt utrum pure his debeatur, an in diem, an ſub conditione. *L.* 4. *eod.* In creditoribus hereditariis numeramus non tantum creditores defuncti, ſed etiam eos quibus legatum eſt: quos etiam impetrare poſſe bonorum ſeparationem, ſcriptum eſt ex Iuliano in *L. penult. eod.* ſed ita, ut defuncti creditores prius ſuum conſequantur: cum autem creditoribus ſolidum acquiſitum fuerit; tum quod [3] reliquum eſt, detur legatariis, ut inde illis vel ſolidum legatum vel portio quæratur: prout ſcilicet erit modus eius, quod reliquum eſt. Hæc enim ſententia eſt Iuliani in *d. L. penult.* in pr. Idem ſignificatur in *L.* 4. in fi. *eod. tit.* Ex contrario heredis creditores, id eſt ii, quibus actio cum herede primum nata eſt, non impetrant ſeparationem bonorum heredis. *d. L.* 1. *§. ex contrario.* Cuius rei eodem loco hanc rationem [4] reddit Ulpianus: quod ſuos creditores onerare potuerit heres,

ut

1) Tametſi A. Fab. 1. *Iuriſpr.* 6. *Pr.* 5. *Illat.* 3. *pag.* 242. *& ſeq.* totam deciſ. *d.* §. 9. Triboniano acceptum ferat. Quam vere aut ex mento alii viderint

2) Ac etſi chirographarii creditores defuncti, ex hoc edicto potiores hypothecariis heredis in bonis hereditatis, arg. *L.* 1. §. 3. *h. t.* Quod obtinere cenſet, iudicatum referens, Io. P. Surdus *Dec.* 319. *n.* 12. etſi nec petita a chirographario hæc ſeparatio. Nam, ait, ubi iura plurium veniont in perſonam unius, quodvis retinet naturam ſuam, & habetur ac ſi eſſent duæ perſonæ. Quare ſicuti ſi defunctus viveret, iſte utique in eius bonis præferretur ita & præferri debet eo mortuo. Enimvero ex mera iuris ratione, cum hereditatis quæ fuerunt bona, heredis aditione eiuſdem effecta ſint: par eſſe inde omnium creditorum, tam defuncti quam heredis, conditio debebat; Diſpar vero ita demum, ſi qui ex alterutris hypotheca vel ſpeciali privilegio niterentur: Unde chirographarii ipſius defuncti, nam in hypothecariis eiuſdem res expedita, quibus nec mero iure creditores heredis quicunque potiores eſſe poſſunt) iacturam facerent debiti indigne, inopi & ære alieno obruto adeunte hereditatem idoneam, ni prætor illis ſuccurreret hoc edicto. Eveniret enim, ut licet defunctus ſolvendo fuerit, bona tamen eius fiant non ſolvendo propter concurſum creditorum heredis, quibus abſque hoc eſſet, æque ex illis ſatisfaciendum foret, vid. Cuiac. 27. QQ. *Papin. ad L.* 3. *h. t.* A. Fab. 1. *Iuriſpr.* 6. *Princip.* 5. *Illat.* 3. *&* 2. *Err. Prag.* 2. Quid ſi ipſe heres creditor defuncti, num & ſuum creditum conſequetur in ſeparatione, ceu hereditarium? Vid. Io. P. Surd. *Deciſ.* 92.

3) Confer. A. Fab. *ad L.* 8. § 15. *D. de tranſact.*

4) Quæ rationis ratio? Ita videbitur: Creditoribus heredis imputari poteſt, quare non prius exigerunt, ſi poſtea plures novos creditores nanciſcatur debitor, aut quare ſibi non per pignora caverunt. Alias niſi contrahendo cum poſteriori nocere priori poſſet debitor, ſequeretur ſemper ſeparationi locum fore, ratione bonorum quæ tum temporis quiſque habuit cum contraheret. Quomodo in effectu quaſi omnia eſſent pignori. Contra creditoribus defuncti inique noceret factum heredis, cum quo nec contraxerunt, nec de eo quidquam dum contraherent cum defuncto, cogitarunt A. Fab 2. *Err. Prag.* 2. Plane beneficio inventarii ſi utatur heres, per illius perſonam creditoribus quoque propriis conſulitur, ne ſi chirographarii ſolum ſint, concurrentibus defuncti creditoribus & ſeparationem non petentibus, parte debiti excidant. Quo exciderent, etſi bona propria heredis ſolvendo, ſi ab eo hereditas, quæ non ſolvendo, adita, quod his ſeparatio non concedatur *d.* §. 2. Recte tamen A. Fab. *d. Err.* 2. erroris arguit, qui inde novo iure edictum hoc Prætoris

ſublatum

Digitized by Google

ut contrahendo cum aliis, ſic & adeundo. Nam & adeundo quodammodo cum creditoribus hereditariis contrahitur, *L.* 3. in fin. *D. quib. ex cauſ. in poſ. eat.* Alienis autem creditoribus ſuo facto nocere non potuit. Unde etiam intelligi poteſt, cur inter eos omnes, qui cum eo contraxerunt, non ſit ſeparationi locus.

VII. Sunt tamen duo genera creditorum heredis, quibus ſeparatio indulgetur, aliis quidem propter perſonam ipſius heredis: aliis autem propter ipſorum creditorum conditionem. Et quidem heredi quanvis maiori vigintiquinque annis hereditate ab ipſo adita interdum ſuccurritur, ut perinde bona teſtatoris veneant, atque ſi hereditas adita non eſſet: hoc autem fit, cum heres ſuſpectam hereditatem dicens, quam reſtituere rogatus erat, compulſus eſt eam adire & reſtituere, ac deinde non reperitur fideicommiſſarius, cui reſtituat. *L. apud*, *§. utrum*, *D. ad SC. Trebell.* Hoc ipſo caſu æquum viſum eſt, & creditoribus eiuſmodi heredis deſiderantibus idem præſtari. *L.* 1. *§. quæſitum*, *eod.* Et recte: neque enim ferendum eſt, quod factum heredis ne ipſi quidem heredi nocet, id eius creditoribus nocere: atque hoc genus ſeparationis ex perſona heredis impetratur ab eius creditoribus. Eſt etiam cum perſona creditoris eius locum faciat ſeparationi, quod placuit in patrono hereditatem liberti defuncti, ut ſibi debitam petente: qui ut eam uberiorem habeat, deſiderat eam ſeparari ab ea hereditate, quam libertus vivus adierat, ne admiſſis priuscreditoribus hereditariis, ſi reliquum detur patrono, patronus aut nihil aut minimum conſequatur: hoc in *L. penult. §. ult. D. eod.* Et ſane non debet eſſe in poteſtate liberti fraudare patronum, non neceſſaria onera ſuſcipiendo. Tum autem æquum eſt, patronum in bonis liberti præferri alienis creditoribus.

VIII. Quod ſi eveniet, ut idem defunctus cum diverſis collatus ſit modo heres, modo is, cui ſucceditur (quod accidit cum Primus Secundum inſtituit heredem, Secundus Tertium. In hac enim ſpecie Secundus cum Primo collatus heres eſt, idem collatus cum Tertio, eſt deceſſor & is cui ſucceſſum eſt) hoc, inquam, ſi eveniat, in eo ſupra ſcripta regula utemur, ſcilicet ut ſi Secundi creditores poſtulent ſeparationem adverſus creditores Primi, non impetrent: quia in hac comparatione ſint creditores heredis qui ſeparationem poſtulent adverſus creditores teſtatoris: at iidem Secundi creditores ſi ſeparationem poſtulent adverſus creditores Tertii, impetrabunt; quia Secundus Tertio ſit deceſſor, Tertius Secundi heres. Adverſus creditores autem Secundi & Tertii ſeparationem citra controverſiam impetrabunt Primi defuncti creditores: hæc ad hanc ſententiam *L.* 1. *§. ſecundum*, *eod.* Si idem creditor & defuncti creditor ſit, & heredis (quod contigit, cum debitor dedit fideiuſſorem, & fideiuſſori ſuo poſtea heres extitit) tanquam defuncti creditor recte ſeparationem bonorum defuncti petit. *L.* 3. *eod.*

IX. Ex his apparet non in omnibus omnium debitorum bonis poſtulari poſſe ſeparationem: ſed in duobus generibus dumtaxat; nempe aut in bonis caſtrenſibus filiifamilias militis, aut in his, quæ ante diverſorum debitorum fuerunt, nunc unius eſſe cœperunt ex hac cauſſa, quod is alteri heres extitiſſet: ſi modo bonorum defuncti ſive hereditariorum poſtuletur ſeparatio. Quæ cum in perſona creditoris, & bonis debitoris concurrent, haud dubie ſtatim ſeparationi locus eſt. Sed ſciendum eſt ut maxime omnia admittant initio ſeparationem, non tamen ſemper perſeverare poteſtatem eius poſtulandæ, ſed eam certis de cauſſis excludi. Excluditur autem aut bonorum, de quibus agitur, confuſione, aut eorum diſtractione, aut creditoris voluntate, aut tempore. Bonorum confuſione ſi ita bona hereditaria confuſa ſunt aut miſta cum bonis heredis, ut diſcerni non poſſint. *L.* 1. *§.* [5] *præterea*, *D. eod.* Diſtractione, ſi heres bona, quorum poſtulatur ſeparatio, vendidit: multoque magis, ſi & tradidit: *L.* 2. *D. eod.* non erit in eadem cauſſa quod pignori tantum de bonis hereditariis obligatum eſt ab herede. *d. L.* 1. *§. ſciendum*, *eod.* Exſtat enim id adhuc in bonis, & ubi ſit, intelligitur: hic tamen & confuſio bonorum, & diſtractio rata eſt;

Tom. VI. L 2

ſublatum comminiſcuntur. Sicuti & in aliis ſeparatio iſta, quæ ex beneficio inventarii contingit, ab hac noſtra differt, vid. idem 1. *Iuriſpr.* 6. *Princ.* 5. *Illa.* 3. *pag.* 140. Quin & Io. P. Surd. *Deciſ.* 310. *n.* 14. iſtam non propriam eſſe ſeparationem oſtendit. Quippe inventarii hic effectus: ut impediat, ne bona & iura heredis confundantur cum hereditariis. Et hic itaque potius declaratur immiſtionem factam non eſſe, Surd. *d. loc. n.* 17. In propria autem ſeparatione quæ vere antea confuſa & commiſta ſeiunguntur.

5) In *d.* §. 12. non confuſio accipienda, quæ fit iuris poteſtate per aditionem, eam enim ſeparatio ſupponit. Sed vera & realis miſtio corporum in hereditate cum corporibus bonorum heredis, vid. A. Fab. 2. *Err. Prag.* 2. *pag.* 46.

eſt: ſi ut in *d.* [6] *L.* 2. ſcriptum eſt, *nulla fraudis incurrat ſuſpicio*. Etſi enim illic de hereditate vendita agitur, non de confuſis, & commiſſis bonis: tamen ea ratio ibidem reddita eſt, quæ pariter ad omne factum heredis pertinet. Nam, inquit Papinianus, *quæ bona fide medio tempore per heredem geſta ſunt, rata conſervari ſolent:* ex quo eadem opera intelligimus, & cur ſuperiora facta heredis excludant ſeparationem bonorum; fecerunt enim, ut bona iam amplius hereditaria non eſſent: quod ſervandum eſt, & illud præterea ut nihil quod per heredem fraude geſtum ſit medio tempore, ratum haberi oporteat: fraus in eo eſt, qui ſciens bona defuncti ſolvendo eſſe, ſua non eſſe, bona hereditaria nulla neceſſitate rei familiaris alienavit: quæ in univerſum in fraudem creditorum alienentur, dicam ſub Titulo de iis, quæ in fraudem creditorum alienata ſunt.

X. Voluntate ſua removetur a ſeparatione creditor, qui ſponte heredis nomen & obligationem ſecutus eſt, quod is feciſſe intelligitur, qui quid cum eo geſſit, contraxitve de integro, quod non ad exigendam pecuniam neceſſe haberet facere: ſed quod voluntate eius factum pertineret ad renovandam, & conſtituendam, differendamque obligationem. Veluti ſi idem ſtipulatus eſt ab eo novandi animo, ſi pignus accepit, ſi accepit uſuras, non quæ competierant, ſed quæ ita ſint conſtitutæ de integro, ut his contentus vellet creditor ſolutionem expectare: hæc ſententia *L.* 1. *§. illud, §. item quæritur, §. ſi pignus, eod.* Non eſt in hoc numero is qui [7] iudicium dictavit heredi, quia ex neceſſitate hoc fecit: ſic enim ſcriptum eſt in *L. ult. eod.* Id autem valet, non impetrat ſeparationem, qui cum herede iudicio egit de debito: neceſſe enim habuit id facere, ſi ad ſuum ius pervenire vellet: neceſſitas autem electionem, & conſenſum non habet. *L. rem legatam, D. de adi. leg.* Tempus ad poſtulandam ſeparationem conſtitutum eſt [8] quinquennium, ultra id igitur non poſtulabitur. *L.* 1. *§. quod dicitur eod. tit.*

XI. Separatio non fit iure ipſo: banc a magiſtratu impetrari oportet. Impetratur autem a prætore, aut præſide: id eſt eo magiſtratu, cuius in iuriſdictione ſummum eſt imperium, non ab ullo alio. *L.* 1. in pr. & *§. de his, eod.* Conceditur autem decreto *d. L.* 1. in prin. id eſt cauſſa cognita an admittenda ſit necne, *d. L.* 1. *§. de his*. In cauſſa hæc erunt quæ ſupra concurrere debere dixi, ut ſeparatio admittatur.

XII. Separatione bonorum defuncti impetrata ſuum quique creditores ex bonis ſibi attributis, quod poterunt, conſequentur. Si totum non poterunt; quæritur, an ea vis ſit ſeparationis, ut penitus ab aliis bonis ſeparatis excludantur, quanvis dimiſſis ipſorum creditoribus aliquid ex his ſuperſit. Id quod efficere videtur ſeparatio. De eo ita placuit, ſi poſtquam creditores defuncti ſuum conſequuti ſunt, ſuperſit quid ex bonis defuncti, creditoris heredes id habere poſſent in debitum ſuum: eſt enim revera heredis: at bonis defuncti non ſufficientibus, ſi quid ſuperſit ex bonis heredis id creditores defuncti non habebunt: eſt enim id quidem heredis, & heres creditoribus hereditariis eſt obligatus: ſed [9] imputare ſibi debent, ſi cum eſſent bona heredis idonea, maluerint his repudiatis bona defuncti ſibi ſeparari: ſic tamen, ut iuſta eorum ignorantia [10] veniam mereatur: hoc Ulpianus in *L.* 1. *§. item ſciendum, penul.* quod verbis Pauli plenius poſitum eſt in *L. ſi creditores, eod.* Exſtat Papiniani ſententia in *L.* 3. *§. ult. eod.* exiſtimantis, in quovis creditore, qui ſeparationem impetravit, probandum eſſe, ut ſi ſolidum ex hereditate, id eſt bonis defuncti ſervari non poſſit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, ſi creditoribus heredis ſatis factum erit. Sed perſpicuum eſt, eam ſententiam nominatim notari a Paulo in *d. L. ſi creditores,* [11] *verſ.* quod ſi. *Quod ſi proprii,* inquit, *ad ſolidum pervenerunt, id quod ſupererit, tribuendum hereditariis quidam putant: mibi autem non videtur:* hoc Paulus: quo nihil apertius. Hoc igitur ſequimur repudiata Papiniani

6) Quia ſuo iure utitur in eo heres, cui animus creditorum hereditatis de ſeparatione petenda ignotus, Ant. Fab. *ſupra d. illat* 3 *p.* 246.

7) Illic ſibi imputet, hic novatio neceſſaria non nocet, nec actionem exercendo conditio cuiuſquam deterior ſit, per vulg. Ant. Fab. *d. illat* 3 *pag* 245.

8) Quia etſi hoc Prætoris ſubſidium æquitate ſumma nitatur, tamen cum tollat poteſtatem ac effectum iuris communis, quo aditione confuſio bonorum inducitur, tempore coarctatur, Ant. Fab. *d. loc.*

9) Ubi ratio differentiæ. Nihil imputari poteſt creditoribus heredis, qui non poſtulaverunt · neque etiam potuerunt ut *h. C. N.* 4.) ſed aliis poſtulantibus inciderunt in ſeparationem, Cuiac. 27. QQ. *Papin. in L.* 3. *§. ult. h. t.* add. Aſin. *de Exſec.* §. 7. C. 21. Sane ſi idem & defuncti creditor, & heredis diverſa ratione, eiuſdem crediti, portionem is quoque facit aliis creditoris herecibus in reſiduo ut in ſpecie *d. L.* 3. *§.* 1.

10) Impetrata reſtitutione in integrum ex cauſſis erroris, Cuiac. *d. loc.*

11) Convenit Cuiac. 27. QQ. *Pap ad d. L.* 3. *§. ult.* & 23. QQ. *Pauli ad d. L.* 5. Papinianum æquitate niti docens per voculam *commodius d. §. ult.* Ulpian. *d. L.* 1. *§. pen.* & Paulum *d. L.* 5. contradicere eidem. Nec niſi diſtinctione iuris & æquitatis hoc diſſidium componi poſſe.

niani ſententia: quaſi nota & reprehenſio Pauli eſſet a Iuſtiniano profecta, ut ipſe Iuſtinianus fieri iubet in *L.* 1. §. *ſed neque*, & §. *& omnis*, *C. de vet. iur. enuc.*

CAP. XVII.

De curatore bonis dando, & ad hunc Titulum Digeſtorum.

Neceſſitas curatorem dandi bonis poſſeſſis a creditoribus; & ordo rerum. I.
Dari curatorem bonis qui poſtulent a magiſtratu; & an detur cognita cauſſa, vel ſecus. II.
Datur curator a prætore, non ex privato creditorum conſilio. III.
Datur tamen is, in quem maior pars creditorum conſenſerit. IV.
Et hic voluntarius, non invitus, niſi ex magna neceſſitate. V.
Qualis & quanta ſit curatoris bonorum poteſtas. VI.

I. Bonis a creditoribus poſſeſſis, multa ſunt quæ fieri in bonis interſit & debitoris, & creditorum: a creditoribus tamen geri non poſſint: ut proinde res flagitet, aliquem dari, qui interim dum aliquis defenſor exſpectatur, curet, & adminiſtret ea, quæ dixi. Sæpe res urget, ut quædam alienentur ex bonis; ne vel illa, vel alia pereant. Multæ etiam ſunt res, quæ tempore corrumpuntur, & deteriores fiunt, quæ niſi diſtrahantur ſuo tempore, neceſſe ſit, earum pretium nobis perire; ut frumentum, vinum, oleum, poma, legumina, omneſque omnino fruges; quædam animalia propter impendia magis onerant. Imminet præterea interdum æs alienum grave, quod ex pœna creſcat ut expediat in primis id diſſolvi, quod fieri non poteſt, niſi pecunia quæ eſt in bonis, alienetur, aut aliæ res diſtrahantur, ut conficiatur pecunia ad eam rem. In quibus omnibus alienatio bonorum etiam in rem debitoris eſt neceſſaria. Sæpe utile eſt agi nomine debitoris, ne actio tempore pereat. Horum vero per creditores nihil poteſt expediri. Nam hi cum domini non ſint, cumque his nondum permiſſum ſit bona diſtrahere, ea ſcilicet nec vendere, nec alio modo alienare poſſunt. Agere autem nomine debitoris multo minus: ut pote qui non habeant actionem. *L. ſi pupilli*, §. *ult. D. de neg. geſt.* At expediri iſta poſſunt, ſi quis [1] publica auctoritate conſtituatur curator bonis: ut hi poſſunt, qui inſtituuntur curatores furioſo, prodigo, ſurdo, muto. Hae de cauſſa comparatum, ut bonis poſſeſſis curator iis daretur, per quem ſubſidio obirentur illa, quæ dixi: his enim rebus dari eum, & præfici conſtat: ut interim quæ urgebunt, diſtrahantur: *L. ſi quis inſtituatur*, 23. §. 1. *D. de hered. inſt.* id eſt quæ neceſſe erit diſtrahere, ne aut pereant, aut ſervata rem minuant. *L. Fulcinius*, §. *adeo*, *D. quib. ex cauſ. in poſ. eat.* Item, ut ſi quod eſt grave æs alienum, quod ex pœna creſcat, & maxime ſi publicum debitum immineat, id ſolvatur per curatorem. *d. L. ſi quis*, §. *ſed etſi*, *de her. inſt. d. L. Fulcinus*, §. *adeo*. *L.* 1. in fin. *D. de cura. bon. dan.* item ut inſtituat actiones, ſi quæ ſint eiuſmodi, quæ tempore perituræ ſunt. *L. creditores*, 14. *D. de reb. auct. iud. poſ.* Quo recepto videndum eſt, quibus poſtulantibus curator bonis detur: quis conſtituat: quis detur: quæ ſit dati poteſtas, quod officium.

II. Curator bonis conſtituitur, poſtulantibus creditoribus: nempe iis [2] quorum intereſt; quorum etiam ex conſenſu conſtituitur. *L.* 2. *D. de cur. bon. dan.* Quod ſi aut pupilli vel furioſi bona poſſeſſa ſint, aut eius, in cuius bonis deliberant ſcripti heredes de adeunda hereditate, nihil prohibet & illic amicos aut coniunctos furioſo, vel pupillo poſtulare curatorem: aut hoc idem facere heredes, qui de hereditate deliberant, quorum propter ſpem hereditatis intereſt bona non deminui. Quemadmodum & in cauſſa ventris curatorem ventri petit mulier eo, quod eius intereſt.

1) Qui, debitore vivo, olim magiſter bonorum, mortuo, curator dici, Scip. Gentil. *Orig. Lib. Sing. pag.* 279. Confer. Gœd. *ad d. L.* 57. *de V. S. n.* 2. *&* 3. Cuiac. *ibid.* Ræv. *ad L.* 148. *de R. I.* Cæterum de hac materia etiam *ſupra Lib.* 3. *C.* 23. Ac præter illos citatos conſuli poſſunt Menoch. *Arb. C.* 150. Gail. 2. *Obſ.* 130. Alb. Galeot. *Margarita aurea C.* 8. Moller. 4. *Semeſtr.* 23. Choppin. *de Privil. ruſt. Lib.* 1. *Part.* 1. *C.* 6. Cæſ. Contard. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 53. *& ſeqq.*

2) Quin & poſſe hunc dari ex iudicio parte non petente, docet Aſin. *de Exſecut.* §. 3. *C.* 103. *& ſeqq.* ubi vide.

intereſt. *L.* 1. §. *quoties*, *D. de vent. in poſ. mitt.* Nemine curatorem petente, prætor curatorem non dabit: quanvis creditores in bona miſerit. Sic ius eſt, ut eum de curatore conſtituendo adiri oporteat. *L.* 2. in pr. *D. eod.* Sed utrum cum petitus eſt curator a creditoribus, prætor ſtatim eum dabit, an in ea re cauſſa cognita eſt opus? Et quamquam fruſtra datur curator, ſi nulla res urgeat ex iis, propter quas eum conſtitui diximus; tamen an hoc ita ſit, nec ne, fides eius rei penes creditores, & eos, quorum intereſt, eſſe debet: ac debet curator omnino conſtitui his poſtulantibus. [3] Etenim ſi eſt aliquid in bonis, quod deſideret operam curatoris, non eſt denegandus: ſi nihil eſt, non eo minus debet dari: cum ea datio nihil noceat curatori: qui ſi nihil adminiſtret, ubi nihil eſt, quod adminiſtretur, non tenetur.

III. Quis curatorem conſtituat, iam dixi, prætor ſcilicet in eam rem aditur, qui & conſtituit curatorem. *d. L.* 2. *eod.* Quod ſi creditores privato conſilio convenerint & elegerint unum per quem bona diſtraherentur, hic non eſt curator: eoque ut non tenetur iis, a quibus electus non eſt, ita etiam his res adminiſtrando nihil [4] nocet. *l. ult. eod.*

IV. In ea adminiſtratione qua res ad creditores pertinet, etiam geritur de conſenſu & ſententia creditorum, itaque is datur, quem maior pars creditorum elegerit. *d. L.* 2 *eod.* Et ſolet conſtitui unus ex creditoribus. *L. ſi diu.* 8. & *L. ſeq.* in pr. *L. Fulcinius*, §. *adeo*, *D. quib ex cauſ. in poſſeſſion. eat.* Sed poſſunt etiam plura conſtitui, ut ſi forte negotio ſint diffuſa, nec unus facile poſſit ſufficere omnibus. *d. L.* 2. §. 1. & §. *ult. eod.* quamquam & hoc ex conſenſu creditorum tranſigitur. *d. L.* 2. in princ.

V. Invitus nemo cogitur fieri curator bonorum: niſi ex magna neceſſitate, & Imperatoris arbitrio hoc procedat, ut invitus creetur. *d. L.* 2. §. *quæritur*. Magnam neceſſitatem accipiemus, ſi eæ cauſſæ, quas initio dixi, aperte curatoris operam deſiderabunt, cæterum nemo erit quanvis idoneus, qui non hoc munus volens ſuſcipiat. Etenim ſcriptum eſt in *L.* 1. § *ult. D. de muner. & honor.* curatorem bonis datum fungi munere perſonali, ex quo colligi videtur, munus hoc eſſe. Quod ſi munus eſt, ſine dubio invito imponitur. Munera enim publica ſine iuſta excuſatione detrectari non poſſunt. Sed non ſi hæc cura munus perſonale eſſe dicitur, ideo ſimpliciter recte colligitur munus eſſe. Aliud eſt enim, ſi quæratur, an curatoris bonorum munus ſit publicum: aliud, ſi quæratur, quale ſit munus publicum, perſonale, an patrimonii. Si munus eſt, perſonale eſt, non patrimonii, de quo agitur in *d. L.* 1. *de mun.* & ſane interdum eſt munus, & tale quod detrectare non liceat: ſed non ſemper, quod ſuperiore dicto non negatur.

VI. Curatori bonorum pro poteſtate ei data ea licent, quarum rerum gratia eum conſtitui initio dictum eſt. Res cuſtodire videlicet, ut ſuas. *L. inter*, *D. de admi. tutor.* eas, quæ mora deteriores futuræ ſunt vendere. *d. L. inter* æs alienum diſſolvere, pecuniamque in eam rem conficere. *d. L. ſi quis inſtituatur*, §. *ſed etſi*, *D. de here. inſt.* actiones maxime quæ perituræ videantur, exercere. Nam & hæ curatori utiles competunt. *L.* 2. verſ. *eiſque actiones*, *D. de cur. bon. dan.* Sed & viciſſim in curatorem [5] utiles actiones competunt. *L.* 2. 1. reſp. *eod.* quibus cum illo aut ii creditores experiuntur, qui ſe ad bona poſſeſſa, ut cæteros admitti velint, & negentur eſſe creditores: aut creditores omnes in hoc, ut pecuniam, quam ex rerum diſtractione redactam habet vel diſtribuat pro portione inter creditores, vel iis ſolvat, quibus ſub pœna debebatur. In quibus omnibus ita curatores creati dominorum loco habentur, ut quæcumque per eus geſta ſunt, rata ſint: & ſi forte & ad agendum, vel ad defendendum dent procuratorem (quod poſt litem ab eis conteſtatam eis facere ius eſt, *L. neque. C. de procur.*) a procuratore neque de rato, neque iudicatum ſolvi ſatiſdatio exigatur nomine eius, cuius bona venerunt: ſed nomine ipſorum curatorum, qui procuratorem dederunt, quaſi dominorum. *d.* [6] *L.* 2. in pr. Si plures curatores creati ſint, in ſolidum agere poſſunt ſinguli, & non pro portionibus: præterquam ſi per regiones certas fuerint conſtituti. Ergo, ut quis in ſolidum agere,

3) Confer. *ſupra Lib.* 3. *C.* 23, *n.* 4. 5. *N.* 1. & Forſt. 2. *de Succeſſ. inteſt.* 9. *n.* 8. Anton. Del. Re *de Iuram. calum C.* 15. *n* 300. *& ſeq.* ubi notat, iudicem domicilii dare curatorem hereditati iacenti.

4) Et ita licet creditores poſſint eligere per quem bona diſtrahantur, multum tamen inter eum & datum a prætore intereſt *d. L. ult.* Anton. Fabian. *Iuriſpr.* 12. *Princip.* 3.

5) Quæ utrinque utiles, quia nemo actiones directas habere poteſt, quæ alteri prius acquiſitæ, cum eæ a perſona ſeparari nequeant *L* 55. *de procur. L.* 60. *ad Trebel.* A. Fab. *d. Princip.* 3. Contra DD. vulgo.

6) Non tamen tutoris loco eſt, ut in eius bonis ius prælationis oriatur *L* 22 §. 1. *de reb. auct. iud.* vid. Vanderan. *de Privil. cred. C.* 7.

re, ita & ſinguli conveniri poſſunt in ſolidum, etiam ſi is conveniatur, qui nihil ex bonis attigerit, non ſecus, quam ſi in ſolidum egiſſet, adminiſtraſſet. *L.* 2. *§. ſi plures*, & *§. ult.* & *L.* 3. *D. eod.*

C A P. XVIII.

De his quæ in fraudem creditorum alienata ſunt, ut reſtituantur. Et ad Titulum hunc Digeſtorum.

Edicti partes, & diviſio rerum. I.
Edicto ea revocari, quæ quis habere deſiit; quot ſint habendi modi. II.
Quibus modis quis deſinat habere rem aliquam. III.
Item actionem. IV.
Item exceptionem. V.
Alienata omnino revocari ex edicto, etiamſi nui ſoluta ex creditoribus Interpretatio L. pen. D. quæ in fraud. VI.
Alienata &c. ita revocari, ſi in alienante fuerit fraudandi animus, cum eventu; in accipiente ſcientia fraudis; & alienatæ res, de quibus diſtrahendis agitur. VII.
Eventus fraudis ſi deſit, aut in fraudem conſenſerint creditores non erit edicto locus. VIII.
Item ſi abſit fraudandi animus: quæ talis animi indicia. IX.
Item ſi fraudis ignarus ille, qui rem in fraudem alienatam accepit. X.
Interdum tamen revocatur ex edicto quod quis alienatum accepit fraudis ignarus; & quibus in caſibus. XI.
Fraudis particeps & ille dicitur, qui creditorem unum ex multis ſcivit fraudari. XII.
Revocari diſtrahenda bona dumtaxat; nec niſi a die venditionis illorum competere revocatoriam. XIII.
Actio hæc, quæ in factum dicitur, cui competat. XIV.
Et adverſus quos. XV.
Datur hæc actio in id, ut quod amiſſum eſt, reſtituatur, ſive rei Dominium, ſive obligatio, ſive actio. XVI. XVII. XVIII.
Amiſſum vero ex hac actione reſtitui neceſſe eſt cum omni cauſa. *Hoc quale ſit.* XIX.
Actio hæc a die venditionis intra annum competit; heredi & in heredem datur ex eo dumtaxat, quod ad hunc pervenit. XX.

I. HÆc omnia eo conſtituta ſunt, ut creditores in poſſeſſionem miſſi ſuum conſequantur. Sed conſilium prætoris fraude debitoris intervertí poteſt: niſi occurritur. Poteſt enim alienare, quæ habuit; ac quamvis bona cius a creditoribus [1] poſſeſſa ſunt, tamen cum ipſe adhuc bonorum ſit dominus, neceſſe eſt, quæ a domino facta eſt, ratam eſſe alienationem. Dum ergo id agit prætor, ne creditores fraudentur, ac fruſtra miſſi ſint in poſſeſſionem, adverſus hanc fraudem conſultum eſt edicto prætoris creditoribus: dum ea revocat, quæ in fraudem alienata ſunt. Exſtat edictum partim in *L.* 1. partim in *L. ait prætor*. Quo & ſe ad ea revocanda, quæ alienata ſunt in fraudem, actionem daturum pollicetur, & ſimul interdicti formulam proponit, quod ad eam reſtitutionem ſit daturus, cui niſi parceretur, ſequebatur illa in factum actio, quam pollicebatur. Edicti pars prior, qua pollicetur actionem, eſt in hæc verba: *Quæ fraudationis cauſſa geſta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dari oportebit, intra annum, quo experiundi poteſtas fuerit, actionem dabo. Idque etiam adverſus ipſum, qui fraudem fecit, ſervabo.* Sequitur formula interdicti, quam edicto ſuo præſcribebat prætor ut ſciretur, quam formulam de ea re daturus eſſet. Hoc interdictum olim præcedebat: ex quo niſi res eſſet reſtituta, ſequebatur in factum actio ex cauſſa interdicti, ut Iuſtinianus ſignificat in *§. ult. Inſtit. de interd.* de quo nunc non eſt dicendi locus. Hæc autem erat actio, quam ſupra prætor pollicetur: formula interdicti hæc quæ exſtat in *d. L. ait*

1) Hoc itaque velle videtur hic Donellus actionem hanc non dari, niſi cum res in quas immiſſio facta, poſt eam miſſionem alienatæ. Quæ ſi illius mens in eo, nec ſecum ipſe convenire videtur. Qui ad §. 6. *I. de act. n.* 9. Paulianam dari ſive bona poſſeſſa ſint, ſive non, docet per *L.* 15. *L.* 17. §. 1. *h. t.* quæ tamen parum ad rem faciunt. Tametſi immo veriſſimum ſit etiam antea fraudulenter alienata ſic revocari, vid. *h. C. N.* 19.

ait prætor. Quæ Lucius Titius fraudandi cauſſa ſciente te in bonis, quibus de agitur, fecit, ea illis, ſi eo nomine quo de agitur, actionem ex edicto meo competere, eſſeve oportet, & ſi ei non plus, quam annus eſt, cum de ea re, qua de agitur, experiundi poteſtas eſt, reſtituas. Et hactenus quidem proponit actionem prætor adverſus eum, qui fraudem non ignoravit. Sequitur altera pars edicti, qua actionem pollicetur cauſſa cognita etiam de eo quod in fraudem alienatum ſit ignorante eo, ad quem pervenit: quæ particula ſubiicitur continenter interdicto in *d. L. ait*, his verbis: *Interdum cauſſa cognita, etſi ſcientia non ſit, in factum actionem permittam.* In his explicandis omnis eſt poſita ſub hoc titulo in Pandectis veterum interpretatio. Quorum omnium ius & ſententia facile, & ſine ullo errore intelligi, & memoria teneri poteſt, si hæc capita rerum in verbis edicti, & interdicti obſerventur; quæ deinde ſingula ordine exſequamur, ut ad ea interpretatio illa revocetur: hæc, inquam, capita: Quæ revocentur hoc edicto, quibus conditionibus: tum eius rei nomine quæ actio, cui, in quem, ad quid detur, & quandiu.

II. Revocat prætor, quæ geſta ſunt fraudandi cauſſa: ſed ita, ut ea [2] reſtitui iubeat. Sic enim verba interdicti concepta ſunt, *Quæ Lucius Titius fecit, reſtituas.* Reſtitui illa intelliguntur, quæ ab aliquo profecta poſtea ad illum redeunt. Ex quo verbo intellectum eſt, etſi de omnibus geſtis prætor initio loquitur: tamen edictum tantum ad ea referri, quæ quis cum haberet, amiſit, fecitque, ut ad alium pervenirent: quod autem cum poſſet quærere, id non egit, ut acquireret: veluti ſi legatum, aut hereditatem ſibi delatam repudiarit, eos, quibus delata eſt, quos in poteſtate ſua habet, filios aut ſervos emanciparit, aut manumiſerit: ad id, inquam, edictum non pertineret [3] *L. quod autem*

2) Ubi neceſſe eſt ut res in bonis debitoris fuerint per §. 6. *I. de act.* verbis: *rem ſuam* Vultei. *in d.* §. 6. n. 28. Weſ. *Conſ.* 17. n. 27. (etſi poſt obligationem contractam quæſitæ, Vult *d. loc.* n. 19) idque probandum eſt hic agenti, Weſ *d. n.* 27. Et ut traditio facta ſit, aut dominium tranſlatum, alias non dicetur alienatum *L.* 67. *d. V. S. L.* 1. *C. de fund. dot.* Vult. *d. loc. n.* 33. Coraſ. *ibid. n.* 6.

3) *L. non fraudantur* 134. *pr. de R. I. L.* 67. §. 1. & 2. *ad Sc. Trebel. L.* 28. *pr. d. V. S.* quia facultas adeundi vel agnoſcendi legati, ius nondum quæſitum, non eſt in bonis noſtris, *L.* 42. *de acq. do. L.* 5. §. 5. *de iure dot. L.* 53. §. 13. *de don. int. vir. L.* 1. §. 23. *de collat.* cum aut a lege obveniat, aut a defuncto deferatur, ita ut agnoſcere vel non agnoſcere liberum ſit. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 12. n. 2. & n. 7. Annæ Robert. 3. *Rer. ind.* 12. *pag.* 717. P. Fab. *ad L.* 78. & *ſeq. de R. I. p.* 356. Caſp. Schifordegher. *Lib.* 1. *ad A. Fab. Tract.* 9 Q. 1. Quin iure hic ſuo uti repudians, nec fraudulenter verſari vel cuiquam iniuriam facere videtur *L. nemo* 151. *de R. I.* cum non obligatus ſit debitoribus, ut acquirat, ſed de acquiſitis conveniri poſſit. Weſ. *Conſ.* 17. *n.* 42. & *n.* 46. Nec iuris ratio patitur quem compelli, ut agnoſcat hereditatem vel legatum, Valla *d. Tr.* 12. *ſub fi.* cum & adeundo quaſi contrahere heres videatur. Ac ſicut liberum eſt contrahere, ita & acquirere, cum in alienando quæſitum, non autem in non quærendo, præiudicium alteri fiat, Gœd. *ad L.* 28. *pr. de V. S. n.* 19. Quamvis autem legatum retro noſtrum ſit, niſi repudietur; attamen aliud cum repudiatur *L.* 5. §. 6. *verſ & ait Iulianus D. ſi quid in fraud. patron.* Barg. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 6. n. 82. Rob. *d. C.* 12. *p.* 717 Et quamvis ignoranti, id acquiratur, non tamen invito, nec id lex vult ut nolenti liberalitas acquiratur, A Fab. 8. *Conject.* 19. Licet item in ſuis heredibus, citra aditionis ſolemnia, continuatio dominii intelligatur: tamen & horum abſtentio a paterna hereditate fraudulenta non habetur *L.* 3. *C. h. t. de revoc. his quæ in fr. cred* Rob. *d. loc.* vid Weſ. *d. Conſ.* 17. *n.* 44. & *ſeq.* Nec ſi præteritus vel exheredatus filius ære alieno obrutus cogitur querelam inofficioſi vel condictionis ad expletionem legitimæ exercere urgentibus creditoribus arg. *L.* 1. §. 8. *Si quid in fraud patr* Quamvis autem quoad legitimæ recuſationem quæſtionem varie tractatam referat, Rob *d. C.* 12 quod quaſi quoddam æs alienum ſit, in qua creditor filius habeatur, vivo etiam patre Fab. de Anna. *Conſ.* 86 *n.* 3. 45 probatius tamen nec ad eam petendam filium a creditoribus ſuis recte compelli, ſive chirographarii hi, ſive hypothecarii per *d. L.* 6. §. 2. & *L.* 19. *h. t. L.* 1 §. 8. *ſi quid in fr. patro. L.* 67. §. 1. *ad Treb.* Quomodo Lutetiæ iudicatum, Valla *d. Tr.* 12, *in fi.* (Etſi alio tempore idem Senatus contra cenſuit, teſte Rob. *d. C.* 12. *ſub fi. in not marginal. Galuais*, vid. Weſ. *d. Conſ.* 17. *n.* 44 & paſſim Fachin. 13. *Contr.* 46. Et renunciationem legitimæ vivo patre, ceu in fraudem creditorum factam non revocari, contra Ancharan *Conſ.* 101. firmat Io. Gutier *in Repet. C. quamvis* 2 *de pact in* 6. *n.* 24. Quia ſi hereditas delata omitti poteſt, item legatum, quod recta tamen via tranſit, magis deferenda. Nec eſt quod iuſte hic conquerantur creditores, ſive ſine obventuræ paternæ hereditatis contemplatione filio crediderunt, fiducia bonorum aliorum, quia nulla horum fit diminutio; ſive eius intuitu, quia & imprudentes ſi obligari putant poſſe bona, in quibus nondum ius ullum debitori & impudentes ſi filio, ut captet patris ſucceſſionem incentivum præbent, Rob. *d. C.* 12. *ſub fi.* Obiic. 1 *L.* 45. *pr. de iure fiſci* ubi & ſi non quæratur, in fraudem fiſci alienatio habetur. Plerique reſp. Speciale id eſſe in fiſco eiuſque debitore, Cuiac. 8. *Obſ.* 9. Rob. *d. C.* 12, *p.* 717. Fachin. 13. *Contr.* 46. *in fin.* Barg. *Lib.* 5. *de Dol. C.* 6. n. 83. Schiford. *d. Tr.* 9. Q. 1. Melius Valla *d. Tr.* 12. *p.* 278. verba *ſi non quæratur* exponit, quando debitor dominium eius rei, quæ illi ex contractu vel quaſi debetur, quærere neglexit, ut ſi obligationem remiſit vel rem tradi recuſavit. Convenit P. Fab *ad L.* 78 & *ſeq. de R. I.* referens *d. L.* 45. *pr* ad ſpeciem *L.* 1. §. 7. *ſi quid in fraud. patron.* Quæ eadem in *L.* 3. §. 1. *h t.* Eaque aptior ratio conciliandi *d. L.* 45 *pr.* cum *L* 26. *eodem tit. de iure fiſci*, quam quæ allata a Cuiac. *d. C* 9. intricata fere ut quid ſibi velit ægre colligas; aut quæ a Pacio 7. *Enant.* Q 75. qui vult regulæ *quo d L.* 45. *prin.* exceptionem tradi *d. L.* 26 Cuius ratio ſit quod hereditas ipſi filio delata, ac naturalis affectio potius videatur fuiſſe cauſſa emancipationis, quam ut fraus fiſco fiat Quanquam ſi quis vulgari ſenſu *d. L.* 45. acceptam malit, tutius adhærere poſſit ſolutioni, Gilbert. Regii 1. *Enant.* 14. Quod caſus ſit ſpecialis in *d. L.* 26. Cuius ratio, quia pater invito filio, ſi is noluiſſet adire, non quæſiviſſet hereditatem. Non autem veroſimile eſt ibi aditurum filium ut patri, & per eum fiſco acquirat. Obiicitur (2) *L.* 5. §. 8. *de reb. eorum qui ſub tutela*, ubi repudiatio legati a pupillo, alienatio vocatur. Reſpond Gœd. *ad L.* 28 *princ. de Verbor. ſignificat n* 21 loqui *d.* §. 8. de legato vindicationis per verba *eam rem ſit pupilli*, quod ſine prævia agnitione ipſo iure acquirebatur, & ita tractari non de occaſione quærendi, ſed amiſſione quæſiti. Verum & indiſtincte loquitur *d.* § 8. & differentia illa ſublata, legeſque ex perſona Iuſtiniani accipiendæ. Potius dicendum cum Petro Fabro *ad d. L.* 78. & *ſeq. p.* 350. id ſpeciali ratione in pupillo. ut alia, receptum eſſe, ne inconſulta facilitas ipſi noxia ſit. Aliter Schifordegher. *d.* Q. 1.

Digitized by Google

autem, 6. princ. *hoc tit.* Interim illud manebit, quicquid quis habuit, ſive fecit recta, ut defineret habere, ſive ita ſe obligavit ut cogeretur poſtea deſinere habere, ſive etiam id ei ablatum eſt, id omne hoc edicto [4] revocari. *L.* 1. in fin. *L.* 3. in fin. *eod.* Habet quis aut rem aliquam pleno iure, aut actionem tantum ad rem conſequendam, aut eam ad tempus retinendam exceptionem.

III. Rem, quam quis habet, deſinit habere, quia alienat, vel habet pro derelicta, vel ſinit uſucapi, aut non utendo perire: quomodo amittuntur ſervitutes. Ita non alienatio tantum; ſed omnis amiſſio ſuperior ad hoc edictum pertinebit. *L.* 1. in fin. *L.* 3. illic, *aut uſumfructum*.

IV. Deſinit quis habere actionem his modis, ſi aut debitorem, vel [5] pignus acceptilatione pactove liberet, aut ita non agat, ut dies actionis exeat: aut lite mota ad iudicium non adſit, quo facilius reus abſolvatur. Proinde quicquid horum geſtum erit, quod amiſſum eſt, revocabitur. *L.* 1. in fin. *L.* 2. *L.* 3. *L. ſi pignus*, *L. debitor*, *L. ult.* in princ. *eod.*

V Deſinit quis habere exceptionem ad rem ſuam retinendam, qui id quod debebat in diem, ante diem ſolvit. Quapropter & huius quoque temporis intermedii commodum placet [6] revocari. *§ ait*, *§. ſi cum in diem L. omnes*, *§. ult. eod.* Sed etſi quid ereptum ſit debitori, id debitor habere deſinit; & dum propter fraudem eius contigerit, ut ei auferretur, ad hoc edictum pertinet, quod in hac ſpecie reſponſum eſt, cum creditor debitorem fugientem perſecutus pecuniam ei abſtulit. *L. ait*, *§. ſi debitorem*.

VI. Non intererit, qua ex cauſſa quid alienatum ſit, ut ex hoc edicto revocetur: nihil intererit, puta: donaverit quis, an vendiderit, atque adeo an ex cauſſa, quæ neceſſaria, aut publica videatur, ſolverit. Itaque etiam res in fraudem creditorum doti data, aut conſtituta [7] repetitur. *L. ait*, *§. ſi cum mulier*, *L. ult.* *§.* 1. *eod.* Quinetiam ſi debitor ſolverit uni ex creditoribus: etſi maxime creditor ſuum recipit: & debitor videtur neceſſe habere ſolvere: tamen hactenus revocatur pecunia, ut is qui accepit, vocetur in portionem, exæquetur que cæteris creditoribus, qui in poſſeſſionem miſſi ſunt: quorum ſcilicet cum iam par conditio eſſe cœperit, aperte fraudantur, niſi omnes exæquantur. Hæc Iuliani eſt ſententia, qua nos uti Ulpianus ait. *L. quod autem*, *§. ſciendum:* cui cum fuerit contraria ſententia Labeonis, quod Ulpianus refert in *ead. L. in §. præced.* perſpicuum eſt eam ab Ulpiano repudiari: congruit *L. cum in vetus*, 22. *eod.* Et ideo quod legimus in *L. penultim eod.* cum tutor pupilli ſolvit creditori, etſi pupillus ſe abſtineat, creditorem tamen tutum eſſe adverſus cæteros creditores quacunque in parte id legimus, ſic accipere debemus, ſi id factum eſt bonis pupilli non poſſeſſis. Et quod dicitur in eadem *L.* ſecurum eſſe creditorem, cui tutor ſolvit, etſi res in eo eſſet, ut bona debitoris vænirent; ſic intelligi debet, ſi bona vendi potuerint ex edicto, ſi quis rem perſequi vellet, non ſi iam bona poſſeſſa ſint; quomodo [8] accipi debet ſimilis locus in *L.* 6. *§.* 1. *D. de reb. auct. iud. poſ.* Ergo illis locis declaratur, quid ratum ſit ex his, quæ tutor pupilli qui ſe abſtinuit, geſſerit ante abſtentionem creditoribus nondum in poſſeſſionem miſſis: quod ad hunc tractatum non multum pertinet

VII. Non ſimpliciter ſi quid alienatum, remiſſum, contractum ſit, revocatur hoc edicto, ſed his conditionibus, ſi quid horum geſtum ſit fraudandi cauſſa & cum eo

Q. 1. ubi & obiectionem ex *L.* 2. *§.* 5. *de hered. vendit.* & *L.* 1. *§. pen. Si quis omiſſ cauſſ teſtament.* ſatis diluit. Nonquid heres eius, qui legato nondum agnito deceſſit, repudiare id in præiudicium creditorum ſuorum item hereditatiorum poſſit, diſceptant Fachinæ 6. *Controv.* 83. Bargal *Lib.* 5. *de Dolo* C. 6. *n* 85 & *ſeq.* & Schifordegher. *d. Tr.* 9. Q. 2. & 3 Denique hinc inferunt maritum obæratum, poſſe renunciare lucro dotis a ſtatuto conceſſo; item filium qui ex ſtatuto poſſet excludere ſororem, eandem admittere poſſe, ut & qui rogatus poſt mortem reſtituere hereditatem ſtatim poſſe, vid. Rolandum a Valle *de Lucro dotis* Q. 40.

4) Quibus modis contrahendo, diſtrahendo, negligendo & fraus fiat creditoribus fuſe ſingulatim exponit Celſus Bargal. *Libr* 5 *de Dolo* C. 6.

5) Etſi enim remiſſio pignoris donatio non eſt *d. L.* 18. & *L.* 1. *§* 1. *Quibus modis pignus ſolv.* nec inde remiſſio fortis inducatur, *ut ſuo loco*, unde eadem inter coniuges licita, hac tamen in re fraus incurrere poteſt, ſi qui pignus dederat non ſolvendo ſiat. In renunciatione quoque beneficiorum eccleſiaſticorum fraudem fieri, declarat Barg *d. C.* 6. *n.* 65. & *ſeqq.* ut & beneficiorum fideiuſſoris *ibid.* *n.* 80. ac delatione vel relatione iuramenti *L.* 9. *§.* 5. *de iureiur.*

6) Vid. Bargal *d. C.* 5. *n.* 57. & *n.* 75.

7) *L* 14. verſ. *ult. D. L.* 2. *C. h. t.* Etſi enim dotis cauſſa favore digna, tamen nec libertatis, cuius maior favor, dato in fraudem valet, cum ſpecies furti ſit de alieno largiri vel. Gœd *ad L.* 125 *de V. S. n* 6 Non obſt. *L.* 1. *§* 10. *Si quid in fraud. patro.* Alia enim patroni ratio qui lucrum captat, alia creditorum qui ſuum repetunt De dote in fraudem data, vid. Barg *Lib.* 5. *de Dolo* C. 6. *n* 50 & 6. *ſeqq*

8) Solutum uni creditorum quando & quatenus ab aliis potiori, vel æquali iure utentibus revocari poſſit, quando in commune conferendum; &c. ac de vera *dd LL.* ſententia varie noſtri tractant. Quæ dum differo remitto ad P Fab *ad L.* 78. & *ſeq. d. R. I. p.* 356. *ius fin.* & *p ſeq.* A. Fab 20. *Coni.* 14 Gail. 2 *Obſ.* 25 *n.* 14 & *ſeqq* Flores Diez. 1. *Var* QQ. 6. Io. Bapt. Aſin *Tr de Executi.* § 7. C. 3. Rauchbar. *P.* 2. Q 9. Hart Piſt. *Lib* 3 Q. 20. Caſp. Schifordegh. *Lib.* 1. *ad* Ant. Fab. *Tr.* 8. Q. 4. & *ſeqq.*

Digitized by Google

eo, qui fraudem non ignoraret, & in his bonis, de quibus agitur: quibus verbis quatuor 9 exiguntur, in debitore alienante conſilium fraudis, & eventus; in accipiente eius conſilii ſcientia; in rebus alienatis, ut ſint ex iis bonis, de quibus diſtrahendis agitur.

VIII. Conſilium dico in debitore, & eventum 10 quæri, ideſt, ut fraudandorum creditorum cauſſa quid factum ſit, & 11 eventum fraus habuerit. *L. ſi quis eum*, 15. *L. ait, eod.* Finge igitur aliquid alienatum eſſe in fraudem creditorum: cæterum creditores fraudatos non eſſe: ceſſabit

ſabit

9) De requiſitis huius actionis vide Sneidv. *ad* §. *6. I. de act. n.* 51. *& ſeqq.* Vult. *ibid. n.* 16. *& ſeqq.* Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. Tit. de Excep. Reſol.* 4. add. Wurmſ. *Tit.* 28. *Obſ.* 4. P. Vanderan. *de Privileg. credit. C.* 15.

10) Quæ utraque hic concurrant oportet, Facit *L. fraudis* 79. *de R. I.* vid. Vul. *ad* §. *6. L. de act. n.* 41. *& ſeq.* Barg. *Lib.* 5. *de Dol. C.* 6. *n.* 36. *& ſeq.* Moller. *Lib.* 5. *Semeſtr. Differ.* 5.

11) Qui probatur aliorum honorum debitoris excuſſione, Bargal. *d. C.* 8. *n.* 52. de qua *h. C. N.* 20. Atque hinc videri poteſt hypothecariis creditoribus hac actione non ſuccurri. Id quod A. Fab. 20. *Coniect.* 16. adſtruere & operoſius firmare nititur Caſpar Schifordegher. *Lib.* 1. *ad* Ant. Fab. *Tract.* 8. *Quaſt.* 1. 2. 3. Quibus ſuccinunt Vinc. de Franch. *Deciſ.* 101. *n.* 9. *&* 10. ac Trentacin. 2. *Pract. Reſ.* 1. *de Except. Reſolut.* 4. *pr.* Rationes Fabri hæ: (1) Non poſſunt dici hi fraudati alienatione, cum pignoris obligatio rem & poſſeſſorem quemvis ſequatur. (2) Hæc actio fictione nititur, fingens rem non fuiſſe alienatam quæ vere eſt *L.* 10. §. 22. *h. t. L.* 38. §. 4. *de uſur.* Fictioni nunquam locus niſi ex neceſſitate; quæ hic nulla, cum poſſeſſio avocari poſſit Hypothecaria vel quaſi Serviana, remedio expeditiori in quo & levior probatio & proinde facilior obtentio. Cui igitur bono Prætor hanc propoſuiſſet illis, qui pleniori iure ſuo auxilio iuvantur. (3) Omnes præcedd. Tituli ad Chirographarios ſolos pertinent. De hypothecariis locus proprius eſt *Lib.* 20. *D.* His addit Schifordeg. *d. Q.* 1. (4) Edicto noſtro mentio Curatoris bonorum. Is conſtitui bonis pignori nexis nullibi legitur. (5) arg. *L.* 10. §. 13. *L.* 22. *h. t.* Qui in vetus creditum pignus accepit, ob id tenetur Pauliana; Quod ſi hypothecario daretur Pauliana, non eandem amitteret creditor ob pignus ſibi obligatum, ne eadem ratio ſit actionis conſequendæ & amittendæ. (6) Hac agens neceſſe eſt miſſus ſit in poſſeſſionem. *L.* 6. §. 7. *h. t.* §. 6. *I. de act.* Qui autem pignus tenet mitti in poſſeſſionem nequit per *L.* 13. *h. t.* 7. Denique *per L.* 2. *C. h. t.* tum per verba: *quibus pignora, &c.* tum quia, ut Paulianæ locus ſit requiritur, ut non ſufficiant bona debitoris. Atqui ſemper ſatisfieri poteſt creditori ex perſecutione pignoris. Contra Mynſ. *ad d.* §. 6. *n.* 37. Sneidvin. *ibid. n.* 27. & Vult. *n.* 49. Qui movetur (1) generali verbo *creditorum* in Edicto. Noſtrum igitur non eſt diſtinguere. (2) Ne obſit creditoribus hypotheca, enim ſæpe Hypothecariæ probationes graviores ſint, ut expediat Pauliana agere. (3) Nec alias earum plures in eandem rem concurrere actiones. Cui ſententiæ accedo. Quam liquido probat *L.* 21. *h. t.* cuius ſenſum planiorem nequicquam obſcurare nititur Schifordegh. *d. Tr.* 8. *Q.* 3. Si namque *d. L.* 21. Paulianam actionem is qui emit a creditore pigneratitio, intentat, ceu ſcite arguit ipſeque Schifordegh. ponit, quo quæſo prætextu, quove iure ſucceſſor ſingularis ea actione experitur, ſi auctori ſuo non nata aut in eius perſona antea non conſtitit. Neque enim in perſona emptoris incipere poteſt, cum in huius fraudem, quippe qui poſtea emit, nihil actum fuerit, Fac. *L. un. C. Ut act. ab hered.* Vult Schifordegher. in ſpecie *d. L.* 21. creditori hypothecario competere non hanc Paulianam, ſed actionem pigneratitiam contrariam contra debitorem pacto illo de finibus malitioſe in te verſatum. Ea quia ſucceſſori ſingulari non competat, ideo Paulianam emptori accommodari quæ ad ſucceſſores alios tranſit *L.* 10. §. *ult. h. t.* In quo ſane pugnantia loquitur. Neque enim competere poteſt ſucceſſori niſi quæ & antea competiit auctori. Supine idem errat dum ait *d. L.* 21. non de pignore a debitore alienato, ſed de imminuto eiuſdem iure finibus coanguſtatis tractari, nec pacturi iſtud de finibus alienationem fraudulentam habendam eſſe. Quid? Anne hoc edictum ad corporum ſolum alienationem coercendum proditum, annon late verba eius patent, ut quævis imminutio iuris, unde præiudicium creditori metuitur, alienatio habeatur. Eſto autem iſtud (quod oppido falſum.) Nonne qui fines fundi pignorati coanguſtat, corporalem partem fundi (cuius eadem quæ totius ratio *L.* 76. *pr. de R. V.*) alienat? Rationem ſi conſulere non vis, conſule ſenſum communem vel exteriorem. Nec aliud oculis tuis ſe exhibebit. Ius fundi minuitur ſervitute remiſſa, corpus ipſum, finibus coarctatis. Et tu hæc pro iiſdem aut ſimilibus eiuſdem generis habere potes. Piget plura. Supereſt ut rationes adverſas diluamus, quo ipſo pariter ſententia hæc haud parum corroborabitur. Ad (1) reſp. Etſi alienatio debitoris ius pignoris non imminuerit, fraudatio tamen in eo, quod difficilior eius iam perſecutio reddita. Ac quod eventu fraudatus ſit creditor inde æſtimatur ſi ex bonis reſiduis ſuum recipere nequeat. Alias dicendum foret, eum, qui fideiuſſorem accepit, hac actione quoque non iuvari, ſi huius acceſſoriæ obligationis ope ſalvum ſervari poſſit creditum. Quod dicere nolim. Neque enim quæ roborandæ obligationi accedunt, parte alia eandem infringere debent, aut adimere laxiorem agendi facultatem. Ad (2) reſp. Rationi huic ſi qua vis, hoc efficit quod Pauliana non inducenda hypothecariorum gratia creditorum, quibus ordinaris iuris via prodita. Aſt poſtquam iam inducta, quin iiſdem una accommodari debeat nihil impedit, immo multa ſunt, quæ ſuadeant, arg. eorum quæ *ſupra Lib.* 21. *C.* 3. *n.* 2. Sic heredis civilis cauſſa non inventa bonorum poſſeſſio: eidem datur tamen §. 1. *in fin. I. de bon. poſſ.* Aſt, dicis, expeditior hypothecaria, levioris probationis. Immo, inquam, pluribus caſibus expedire poteſt hac potius experiri. Graviores natura ſua probationes Pauliana requirit. Eſto. Aſt quid ſi hæ ſuppetant, illæ autem hypothecariæ requiſitæ non item. Iſta ſi firma conſecutio, omnis concurſus actionum tolletur. Via etenim eſt ut non concurrentium altera expeditior ſit alia, ſi utriuſque naturam per ſe & in theſi ſpectes. Aſt in hypotheſi & ſi facultatem actoris intuemur: ſæpe gravior probatio unius actionis ſuppetit, deficiente alia leviori alterius. Sicuti & ſæpe conſultius eſt leniori quam pleniori experiri. Age vero: Hypothecaria non datur in heredes. Pauliana datur. Illa in loco rei ſitæ; hæc, ſi in perſonam eſt, contendente id Fabro, in foro domicilii rei intentari poteſt. Iam pone: Caius Seio oppigneravit monile pretii 500. aureorum. Idem, abſente Seio, fraudandi cauſſa, Titio fraudis conſcio vendit. Hic iſtud Mævio gemmario pro 100 aureis vendit, qui ſecum in longinqua regionum exportat. Nonne hic expedit Seio Titium eiuſve heredem in propinquo degentem in ſolidum pretium rei, iuxta *L.* 9. *in fin. h. t.* Pauliana convenire, quam anxia cura Mævium poſſeſſorem, aut cui is ubicunque terrarum alienavit, perſcrutari ut Hypothecaria teneat ibidem. Sed & ponamus ab Hypothecario creditore eundem Pauliana impeti, qui Hypothecaria potuerat, verum ita, ut etſi pignori rem alienatam ſibi præ ſe ferat, non tamen in eo ſuam intentionem fundet, ſed in huius actionis requiſitis. Quid habet hic reus conventus quo actionem removeat. Anne dicet: Aſt tibi hypotheca in re conſtituta eſt. Alia igitur actione experiaris. Nonne hoc modo ſibimet adverſabitur, ſe ſua ſententia condemnabit. Confer & huc accommoda not. *ad Com. Tit. de act.* §. 4. *n.* 8. Ad (3) Reſp. non firma conſecutio. Deinde & quædam de hypothecariis tractata ut *L.* 34. *de reb. auct. iud. poſ.* iunctis iis quæ *ſupra C.* 15. *n.* 5. *L.* 37. *ead. L.* 24. §. 1. *eod.* iunct. *L.* 1. *In quib. ca. pign. tac. L.* 1. §. 3. *de ſeparat.* Denique etſi remedia miſſionis in poſſeſſionem &c. non ſint hypothecario ſi ius hypothecæ perſequatur. Quin tamen eo omiſſo, ita ut alius creditor ad eam venire poſſit, ordine iuris ſervato, ambigendum non eſt. Neque enim ius pignoris reale quidquam imminuit perſonale ius obligationis. Summatim: Hypothecarius non mittitur in poſſeſſionem ex 1. vel 2. decreto (ut vulgo) non etiam Paulianam ideo intentat, quia eſt hypothecarius. Sed ſi intermiſſa perſecutione pignoris, in illam mitti aut hanc intentare malit, non inde repellitur quod ſit hypothecarius; ne quo ſibi plenius cavere voluit id ipſum duriore interpretatione contra eum producatur. Ad (4) Reſp. facilis ex dictis. Quin ſi Curator ſæpe datur toti hereditati & univerſis bonis, ſi ex

iſtis

ſabit revocatio: propone animo, quibus modis non fraudentur creditores: totidem de cauſſis ceſſare hanc actionem reperies. Et quidem citra controverſiam non fraudantur tunc, cum bonis alienatis, ſuum conſequuntur nihilominus: idcirco res dubitationem non habet, quin ſi fraudator pecunia aliunde accepta dimiſerit creditores; ideſt iis ſolverit, his actio revocatoria non detur: plane iis dabitur, a quibus debitor accepit pecuniam, ſi eos fraudare voluit. De qua ſpecie ſcriptum eſt in *L. ait*, §. 1. *eod.* ſed etſi non conſequuntur creditores, quod ſibi debetur: tamen conſenſus eorum facit, ut non videantur fraudari, ſi vel conſenſerunt alienationi, vel pro fraudatore aliquem reum admiſerunt, eo contenti. Nam & generaliter probatur, neminem fraudare eos, qui ſciunt, & conſentiunt. *L. nemo videtur*, *D. de reg. iur.* Ideo etiam in hac ſpecie alienationis nominatim denegatur actio in *L. quo autem*, §. *præterea*, *eod.* & omnis creditor bonum nomen facit, eoque modo & debitorem, & eius bona liberat, qui pro eo alium reum ſequitur, & admittit. *L. inter*, §. *abeſſe*, *D. de mand.* hinc eſt illud quod ſcribitur in *L. ait*, §. *ſi quid in fraudem*, verſ. *ſi vero*, *eod.* ſi defuncto fraudatori heres exſtiterit eumque paſſi ſint creditores, & quaſi in creditum habuerint nomen eius, vel [12] dulcedine uſurarum, vel quam aliam rationem ſecuti, nihil revocari ex his, quæ teſtator alienavit: quod ita Ulpianus eo loco intelligit, ut ex præcedentibus liquet, etiam ſi is heres, quem creditores ſecuti ſunt, poſtea in integrum fuerit reſtitutus: atqui iſto modo in re ipſa fraus eſt ſine dubio, quia damnum eſt: ſed ut dixi, voluntate ſua non fraudantur creditores, qui ſcientes talem debitorem ſunt ſecuti. Videntur autem ſic eum ſecuti eſſe, ſi cum eo quid geſſerint de debito, & cum rem poſſent exigere, aut bona diſtrahere, maluerint obligationem cum eo renovare, & differre exactionem aliquo commodo conſtituto illecti.

IX. Ex contrario propone fraudatos quidem eſſe debitores: cæterum debitorem nihil feciſſe fraudandi cauſa: aperte edictum non dat actionem. Ut proinde ei, qui hac actione utatur, hoc probandum ſit, debitorem fuiſſe hoc animo, ut debitores fraudaret; cuius rei probatio quia non eſt ſemper in promptu, quibus iudiciis rerum hic animus arguatur; quærendum eſt. Et non dubium eſt eum fraudandi cauſa facere, qui ſciat ſe habere creditores; ſe autem, ut ſunt bona, non eſſe ſolvendo. *L. ſi quis cum*, 15. *eod.* §. *prævaluiſſe*, *Inſt. quib. ex cauſ. man. non lic.* Sed non omnes ſciunt ſe habere creditores; & ut ſciant de creditoribus, non tamen ſciunt quid habeant in bonis. Quin ita eſt ingenium hominum, ut plus de ſuis facultatibus exiſtiment, quam in his eſt. *d.* §. *prævaluiſſe*. Ut plurimum interſit certa indicia hic habere, quibus remota omni neceſſitate ſcientiam iſtam probandi, fraus tamen debitoris convincatur. Et ut non probetur quis ſcire, ſe ſolvendo non eſſe, videtur facere in fraudem creditorum, quos ſcit ſe habere, quisquis [13] univerſa bona ſua alienavit. *L. omnes*, 17. §. 1. Is etiam carere fraude non videtur, qui conventus teſtato a creditoribus, ne venderet, quaſi ſolvendo non ſit, nihilominus perſeverat. *L. ait*, §. *ſi quis particeps*. *eod.* Ille quidem ab omni fraudis ſuſpicione alienus eſt, qui rogatus hereditatem, aut rem aliquam reſtituere, cum in reſtituendo portionem ex lege Falcidia retinere potuiſſet, totum maluit reſtituere. Non enim facit fraudandi cauſſa, qui ideo facit, ut fidem & debitam pietatem præſtaret teſtatori. *L. patroni*, 19. & ſeq. *eod.*

X. Non eſt ſatis fraudem in re eſſe, & fraudandi conſilium in debitore, edictum

iſtis quædam pignori nexa ea non minus ad curam illius pertineot Nec ullibi exempta leguntur. Ad 5) Reſpon. Craſſa fallacia. Diſcernendæ perſonæ & cauſſæ. In *d.* §. 13. *&* *L.* 22 tenetur novus hypothecarius alus creditoribus ideo quia in fraudem eorum conſtitui ſibi curavit pignus. Non ideo amittit ipſe Paulianam contra alios in quos aliæ res debitoris io fraudem ſuam alienatæ. Neque etiam ſi poſt acceptum pignus in vetus creditum fraudulenta alia proceſſit alienatio, ideo minus contra illam Paulianam ipſi prodita eſt. Ad (6) Reſponſio facilis ex ſolutione ad tertiam rationem. Ad (7) Reſpondendo. Retorqueo. Paulianæ actioni locus, obi alia bona debitoris non ſufficiunt *d. L.* 2. Atqui hic oon ſufficiunt alia bona debitoris. Quippe pigous alienatum io bonis eius amplius oon eſt. Ergo. Neque enim vel verba vel mens *d. L.* 2. exigunt in Pauliana ut res nullo alio quoquo modo ſalva eſſe poſſit. De his ſatis.

12) Dulcitudine legitur *d.* §. 10. Quomodo Accius acritudinem & alia dixit, quæ annotavit ibi Gothofredus Et ita *dulcitudo*. in monumento antiquo relato a Phil. Camerar. 1 *Op ſucciſ.* 96 Cuiac. 7. *Obſer.* 40. lectionem vulgarem *d.* §. 10. manifeſtæ mendæ damnans ſic legit: in creditum abierunt (ut *L.* 5. § *pen. d. trib. act.*) *vel nomen eius*, *dulcitudine*, &c. Sed nihil mutandum. Nec ioconeinne dicitur nomen in creditum haberi. Vid. & de *d.* §. 10. A. Fab. 20 *Coniect.* 14.

13) Item ſi maiorem partem vel res pretioſiores, Wurmſ. *Tit.* 28. *Obſ.* 4. *n.* 7. Nic. Vall. *de Reb. dub.* *Tr.* 12. *n.* 5. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo* C. 8. *n.* 27. *&* *ſeqq.* Nec tantum ſi donavit, ſed & ſi venditione aliove titulo oneroſo tranſtulit, vid. Trentacinq. 2. *Pract.* *Reſol.* *Tit.* *de Except.* *Reſol.* 4. *n.* 5. Sneidv. *ad* §. 6 *I. de act.* *n.* 72. Generatim quibus argumentis hic fraus alienantis convincatur, vid. Nic. Valla *d. Tr.* 12. *n.* 5. Wurmſer. *d. n.* 7. *&* *ſeq.* Sneidvin. *d. loc.* *n.* 70 *&* *ſeqq.* Trentacinq *d.* *Reſol.* 4. *n.* 4. *&* *ſeqq.* fuſe Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo* C. 8. *n.* 14. *&* *ſeqq.*

etiam hoc exigit, ut qui accepit, ſciat rem ita ſe habere; atque ita ſit particeps fraudis, [14] *d. L. 1. L. ait*, in princ. & § *quod ait, eod.* quod non utique is facere videbitur, qui eum, qui eum contraxit, creditores habere [15] ſcivit, *d. L. ait*, §. *quod ait*, ſed qui & eum non eſſe ſolvendo ſcivit, & in fraudem creditorum alienare eo modo, quo ſupra dictum eſt: aut qui ipſe obnunciante creditore, ne emeret, nihilominus comparavit, *d. L. ait*, §. *ſi quis particeps, eod.*

XI. Interdum & si is, qui accepit, neſciat rem geri in fraudem creditorum, tamen datur actio ad revocandum, quod alienatum eſt. Sic enim verba ſunt edicti, ut propoſui: *Interdum cauſſa cognita etſi ſcientia non ſit, in factum actionem permittam, d. L. ait*. Quod duabus in [16] cauſſis receptum. Una ſi is, qui accepit, non is fuerit, qui poſſet eſſe fraudis particeps, ut pupillus; altera, ſi donationis cauſſa quid ſit alienatum. Geſtum eſt aliquid cum pupillo, & fraudati ſunt creditores conſilio debitoris. *Labeo ait*, inquit Ulpianus in *L. quod autem*, §. ſi quid cum pupillo. *Omnimodo revocandum:* & rationem reddit; *quia pupilli ignorantia non debet eſſe captioſa creditoribus, & ipſi lucroſa: eoque*, inquit, *iure utimur*. Quaſi diceret: hoc iure utimur, tametſi edictum de ſciente loquatur. Et obſervandum eſt ſupra ſcriptam rationem pertinere ad omnem pupillum, etiam cuius tutor ignoravit fraudari creditores. Ut dicendum ſit, ſive tutor fraudem ſcierit ſive ignoraverit, revocari, quod ad pupillum pervenit, & ideo ait, *id omnimodo revocandum*. Quod igitur idem Ulpianus ſcribit in *L. ait*, §. *ait prætor*. huic actioni locum eſſe, ſi tutor pupilli ſcierit, ipſe pupillus ignorarit; de eo negotio dictum eſt, quod geſtum eſt cum tutore: quo caſu Ulpianus ait, etiam pupillum teneri de eo, quod facto tutoris ad eum pervenit, ſi modo tutor fraudationem non ignoravit; quod ſi res geſta ſit [17] cum pupillo, aliud dicendum eſt: ne, ut ſupra dixit, ignorantia pupilli, id eſt, eius, qui ſcire per naturam non potuit, noceat creditoribus. De eo quod donatum eſt in fraudem creditorum, idem Ulpianus ita ſcribit in *d. L. quod autem*, [18] §. ſimili modo. *Simili modo dicimus, etſi cui donatum ſit, non eſſe quærendum, an ſciente eo, cui donatum eſt, geſtum ſit; ſed hoc tantum, an fraudentur creditores*. Diceret aliquis: at afficitur iniuria is, cui donatum eſt, qui ſine ullo delicto ſuo plectitur; occurrit huic obiectioni Ulpianus, & ſubiicit: *nec videtur iniuria affici is, qui ignoravit: cum lucrum ei extorqueatur, non damnum infligatur:* ſed addit iſtos teneri hactenus dumtaxat, quatenus locupletiores facti ſint: congruit, quod eſt in *ead. L.* in verſ. ſeq. & *L. penul.* in princ. & §. *ſi prius, eod.*

XII. Sed quemadmodum oportet eum, cum quo res in fraudem geſta eſt, ſcire rem ita geri, ut niſi id ſciat, non competat hæc actio: ita ſi vel unum creditorem ſcit fraudari, cæteros ignoravit, ad ſcientiam, & participationem fraudis ſatis eſt, ut ſit huic actioni locus; ita tamen, ut ſi ei, quem ſcit fraudari, ſatis

factum

14) *L. 6. §* 8. *h. t.* Ratio *in L. 9.* ibi *quia dolus h. t.* vid. Sneidv. *ad §. 6. I. h. t. n.* 37. *& ſeqq.* Vult *ibid. n.* 37. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 6. *n.* 37. *& ſeqq.* Aliud in Calviſiano *L. 1. § dolum* 4 *Si quid in fr. patr.* Harpr. *ad d. § 6. n* 8. Ortolf. Eoman. *Diſp. Inſt* 28. *Th.* 13 *lit. E.* Ratio differentiæ in *d. L.* 1 § 12 iunctis iis quæ *h. C N.* 24 Quid. ſi initio contractus fraudis inſcius fraude comperta rem accepit? Et hic tenetur quin in emptione bona fides traditionis quoque tempore requiritur, ita Sneidv. *d. loc. n* 38 *& ſeqq.* Wurmſ. *Tit.* 28. *Obſ.* 4. *n.* 6. Quod pluribus confirmat Barg. *d. C.* 6. *n.* 43. *&* 2. *ſeqq.* Quia *L.* 6. §. 8. *h. t* habetur qui ſciens *ſuſcepit*. Quo verbo tempus traditionis reſpicit.

15) Cuius ſcita ratio peti poteſt ex *L. doli* 19. verſ. *ult. de Novat.* Adhæc nemo fere negociatorum, quantumvis ditiorum creditoribus vacat. Bargal. *d. C.* 6. *n.* 38. Oldend. *Cl. 6 Act.* 1. *in Practica n.* 4.

16 Vulgo & exceptionem ſtatuunt in debitore civitatis, ut cui ab hoc alienatum teneatur etſi fraudis inſcius, per *l.* 2. *cir. med. C. de debit. civit. Lib.* 11. *tit.* 32. Sneidv *ad §. 6 I. de act. n.* 40. Trentacinq. 2. *Reſol. pract Reſol.* 4. *de Except. n.* 8. Bart. & Dyn citati a Barg. *d. C.* 6. *n.* 44 Qui recte oſtendit hanc exceptionem regula non contineri, cum ibi non alienata revocentur, ſed poſſeſſores pro rata rei poſſeſſæ ad ſolutionem debiti conveniantur.

17) Concoqui hæc vix poſſe videntur. Qui enim, inquiet aliquis, durior conditio pupilli natura neſcientis, quam alterius, qui inquirendo ſcire potuit, & cui videtur imputari aliquid poſſe, quod obæratum eſſe alienantem neſcivit. Nonne alias iura magis ætati favent, Verum ita puto. Aut tutor adhibitus contractui & ſive ipſe principaliter contraxit, ſive contractui impuberis auctoritatem præſtitit, ſi fraudis inſcius tutor ceſſit: hæc actio tum per *d. L.* 10. §. 5. tum ne facilius teneatur pupillus quam alius quod abſurdum. Sin conſcius tutor, datur actio non in ſolidum, ſed quatenus locupletior pupillus *d. §.* 5. in quo mitius cum eo quam cum alio, perſonæ favore, agitur. Aut non adhibitus, & tenetur pupillus quatenus ex contractu eo lucrum cepit *d. L. 6. §.* 10. *v lucroſa*. Ubi ratio dubitandi: Pupillus ſine tutore rem ſuam augere poteſt. Ratio decidendi in *d. §.* 10 Et non favendum pupillo in alterius iniuriam. Alias notorie obæratus fraudare volens creditores cum pupillo contraheret &c. Confer. P. Fab *ad L.* 78. *& ſeq. de R. I.*

18) *L.* 17 §. 1. *D. L. pen. C. h. tit.* Ratio in *d.* 11. Fac. *L. ult. ſub fin. C de codicill.* Sneidvin. *ad §. 6 Inſt. de act n.* 46. Vult *ibid. n.* 37. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 6. *n.* 63. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. Tit. de Exc. Reſol.* 4 *n.* 7. Quare ſi dos data fuerit in fraudem, ſcientia reſpectu mariti requiritur, non autem uxoris *L. pen.* §. 1. *h. t.* Trentac. *d loc. n.* 8. Refert tamen in modo revocationis, num qui ex lucrativo titolo poſſidet, ſcientiam habeat. Is ſiquidem tenetur, etſi non factus locupletior, ut ſi in rem donatam tantundem impendit &c. Bargal. *d. C.* 6. *n.* 63. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 13. *n.* 53.

factum ſit ipſo creditore admittente ſatisfactionem, ceſſet actio, admittente, inquam, creditore ſatisfactionem: nam eo repugnante, non evadet actionem is, qui fraudem participavit: hæc in *L. ait*, §. *illud.*

XIII. Sed ut maxime ſuperiora concurrant, tamen non erit huic actioni locus, niſi bona debitoris veneant, ut dici poſſit, quod interdicto expreſſum eſt, ea quæ revocantur, eſſe [19] ex his bonis, de quibus agitur; id eſt, quæ creditores diſtrahant: hac de cauſſa ſi fraudator defunctus heredem habeat, & heredis bona venierint, placet ceſſare hanc actionem. *L. ait*, §. *ſi fraudator*, *D. eod.* quæ res facit, ut etſi bona tantum quæ olim fuerunt defuncti, veneant, & quidem tunc, cum heres ob aliquam cauſſam fuerit reſtitutus; tamen nunquam competat creditoribus actio revocatoria de his, quæ a defuncto alienata ſunt; ſemper enim verum eſt ea bona vænire, quæ ſunt heredis; quippe qui heres factus, eorum dominus iure eſſe cœperit. *L. cum heredes*, *D. de acq. poſſeſſ.* Nec quidquam mutat in integrum reſtitutio; qui enim ſemel heres exſtitit, non poteſt, quin & poſt reſtitutionem heres maneat. *L. ait*, §. *ſed quod Papinianus*, *D. de minor.* Et hæc quidem iure civili ita ſe habent; cæterum herede in integrum reſtituto, reſtitutio eo rem deducit, quaſi nec heres exſtitiſſet, qui exſtitit, perindeque bona defuncti veneant, ac ſi heredem non haberet. §. *ſui autem*, in fin. *Inſt. de her. qual. & diff.* Ergo iam hoc caſu creditoribus defuncti revocatoria dabitur, ut ſubiicitur ab Ulpiano in *d. L. ait*, §. *ſi quid in fraudem.* ſed utilis, ut ipſe ſcribit, non directa ob eam cauſſam, quam dixi. Quæ ſi ita ſunt, utcunque bona fraudatoris in ea cauſſa ſint, ut veneant; tamen non ante revocatoria actio competit, quam bona diſtracta fuerint. *L. ait.* §. 1. *L. ult.* §. *ult. eod.* inde annus, intra quem hæc actio datur, dicitur computari [20] *ex die venditionis bonorum*. d. *L. ait*, §. *annus*. alias prius inciperet cedere, ſi ante experiendi poteſtas eſſet. *L. 1. D. de diver. temp. præſ.*

XIV. His rebus, quas expoſui, concurrentibus interdictum [21] dabatur olim, quod ſupra retulimus. Deinde ex cauſſa interdicti in factum actio, quæ nominatur in edicto, & alibi paſſim, ut *L. ait*, §. *quod ait*, §. *ſi quis particeps*, §. *ſi debitorem*. *in L. hæc in factum eod.* nunc loco interdicti ſola eſt actio in factum *d.* §. *ult. Inſt. de interd.* hæc datur curatori bonorum, ſi conſtitutus eſt; ſi nullus eſt curator, datur iis, quibus de ea re actionem dari oportet, ut edicto expreſſum eſt. *L.* 1. Hi ſunt creditores, qui obtinuerunt, ut bona diſtrahere liceret: comparata eſt enim actio, ne fraudarentur creditores; proinde iis, qui fraudati ſunt [22] danda eſt; quod & ſignificatur in

L. ſi

19) Quia hac actione res traditæ perinde ac ſi traditæ non eſſent, revocantur. Seu ut Imperator *in* §. 6. *I. de act.* dicit actor rem traditam non eſſe & ob id in bonis debitoris manſiſſe, non quidem nominatim, ſed quod nihili putanda traditio & pro nulla habenda, Hot. *ibi Enunc.* 2. Peracta quippe reliquorum venditione ſi æri exſolvendo non ſufficiunt, tum ad his res alienatas pervenitur, ut revocatæ æque diſtrahantur; atque ſi non in earum poſſeſſionem miſſi fuerint creditores, licet forte ante miſſionem alienatæ ſint. Quid quod poſt Goth. *in L. 9. h. t.* A. Fab. 20. *Coniect.* 14. contendit ſi bona antea poſſeſſa, nec ipſo iure tenere alienationem nec ſi bonæ fidei emptori facta ſit, proinde hac actione opus non eſſe, ne alias luſoria ſit miſſio. Nec omnino abludit quod Paladnr. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 4 §. 5. *n.* 15. ex Cyn & Baldi opinione, quam veriorem & æquiorem vocat, ſcribit Titulum hunc intelligi debere quando ante litem motam alienatio in fraudem facta. Quod ſi lite mota dolus intervenerit, etiam citra contractus reſciſſionem adverſus dolo poſſidentem recta ius ſuum perſequi victorem. Enim vero hoc non aliter obtinere puto quam ſi res litigioſa effecta, Litigioſa autem non utique bona omnia in quæ miſſio facta. Ac immo exempla alienationum poſt bona poſſeſſa, quibus locus edicto *in L.* 6. §. 7. *L.* 10. §. 16. *h. t.* Et *L. 9. h. t.* convenientius accipitur de re poſt bona poſſeſſa, empta, quam ſi cum A. Fabro interpreteris, cuius bona *poſtea* poſſeſſa ſunt. Nam immo qualitas adiecta verbo intelligitur ſecundum tempus verbi.

20) Recte. Et ita DD. vulgo ut huic actioni locus ſit præcedere oportere excuſſionem bonorum debitoris. Ut non prius veniatur ad tertium, quam ubi de reſiduis bonis credito ſatisfieri nequit. Quod ſatis prob. *L.* 1. verbis: *bonis eius excuſſis*. item *L.* 2. ibi, *bonis defuncti non ſufficientibus*. *&* *L. pen.* ibi; *bonis poſſeſſis itemque diſtractis*. *C. h. t.* Neque enim de fraudis eventu apparere poteſt, vid. Coraſ. *ad* §. 6. *I. h. t. n.* 7. Sneidv. *ibid. n.* 59. *& ſeqq.* Vult. *n.* 22. *& ſeqq.* Cuiac. 12. *Obſ.* 5. Wurmſer. *Tit.* 28. *Obſ.* 4. *n.* 1. *& n.* 12. Bargal. *Lib.* 5 *de Dolo C.* 8. *n.* 2. *& ſeqq.* Trentac. 2. *Pract. Reſ. Tit. de Except. Reſ.* 4. *n.* 12. *& ſeqq.* Plane non prævia excuſſione tenere hanc actionem volunt, ſi a reo non opponatur, Sneidvin. *d. loc. n.* 63. Trentac. *d. loc n.* 13. Nec requiri eandem, ubi non quantitas, aut genus, ſed ſpecies certa debita, eademque in fraudem alienata, Sneidvin. *ad d.* §. 6. *n.* 64. Trentac. *d. loc. n.* 11. Bargal. *d. C.* 8. *n.* 8. Atque ita re duobus vendita, ſi poſteriori tradatur, in fraudem prioris, de fraudem participante Paulianam dari, (ut in eo diſpoſitio *L. 15. C. de R. V.* fallat) ex communi opinione in iudiciis ſervanda, licet forte in puncto iuris non videatur vera, ſcribit Gomez. 2. *Var. Reſol.* 2. *n.* 20. *fol.* 223.

21) Et interdicti fraudatorii mentio in *L.* 67. §. 1. *&* 2. *ad SC. Trebel.* *L. pupilli* 96. *pr. de Solut.* Quod num idem ſit cum hac actione, non convenit, vid. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 7. *n.* 59. *& ſeqq.* Sneidvin. *ad* §. 6. *Inſt. de act. n.* 10, Sicuti & multum diſceptatur num hæc actio in rem ſit, an in perſonam? Prius placet Cuiacio, Coraſio & Vulteio *ad* §. 6. *I. de act.* Giſanio *ad L.* 25. *de O & A. n.* 19. *& ſeqq.* Poſterius Donello noſtro ad *d.* §. 6. & A. Fabro 20. *Coni.* 16. Atque ita Sneidv. *ad d.* §. 6. *n.* 14 & Old. *Cl.* 6. *Act.* 3. *n.* 3. dari actionem hanc ex delicto contra fraudis conſcium, ex quaſi contractu vero contra eum qui titulo lucrativo accepit.

22) Ex omni cauſſa per *L.* 16. §. 2. *L.* 27. *D. Qui & a quib. manum.* De quo & num quoque in diem, vel ſub conditione debetur, conſule Vult. *ad* §. 6. *I. h. t. n.* 19. *& ſeq.* Coraſ. *ibid. n.* 5. Sneidv. *n.* 22. fuſe Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 4. *n.* 3. *& ſeqq* Num creditori futuro, veluti ſi qui in animo habet mutuo ſumere, antequam accipit, alienat, vid. Vult. *d. loc. n.* 21. Sneidvin. *d. n.* 22. Covar. 1. *Var. Reſol.* 7. *n.* 7.

L. ſi pater, *eod.* ipſi fraudatori dari non oportet. Neque enim factum iure infirmare poteſt, & ſtulte ei committeretur hæc actio, qui nunquam ageret, quo magis fraudentur creditores.

XV. Datur in eum, qui cum res in fraudem geſta eſt, ſi fraudem non ignoravit. *L. ait.* in princ. & *§. ait*, *eod.* Nec in huius perſona quidquam intereſt, utrum res ad eum pervenerit, nec ne, itaque & procurator alicuius, ſi ſciens quid emerit a debitore fraudandi cauſſa alienante, tenebitur hac actione, quanvis non ad eum res pervenerit, ſed ad dominum. *L. ult. §. ſi procurator*, *eod.* In eum ad quem res pervenit, ſi fraudem ignoravit, hæc actio non datur, ne ſi cum eo quidem res geſta ſit: quo fit, ut multo minus teneatur hac actione is, qui emit bona fide non a fraudatore, ſed ab eo, qui prius a fraudatore ſciens emerat. *L. qui a debitore.* Sane ſi quid geſtum ſit cum tutore qui fraudem non ignoret, etiam in pupillum hæc actio dabitur, de eo quod ad ipſum pervenit; ut tutoris ſcientia pupillo noceat: idemque in curatore furioſi & adoleſcentis dicendum eſt. *L. ait*, *§. ait*, *eod.* Nam & alias generaliter ex facto tutoris tenetur pupillus, ex facto curatoris adoleſcens, ſi quid facto tutoris ad iſtos pervenit. *tot. tit. quan. ex fac. tuto. D. & C.* Et, quod de re cum tutore geſta dictum eſt; valet in eo, quod geſtum eſt cum ſervo ſciente, ut de eo teneatur dominus, aut quatenus eſt in peculio, aut quatenus ad dominium pervenit, *L. quod autem*, *§. ſimili modo quaeritur*, *eod.* Si ad plures fraudis participes res pervenerit, omnes tenebuntur; ut puta filiæfamilias nomine dos data eſt in fraudem creditorum, tenebitur & maritus, & mulier, & pater mulieris, ſi omnes fraudem ſcierunt, ſed maritus, ut dotem iam nunc reſtituat: mulier & pater, ut caveant, ſi ad ſe dos pervenerit, ſe reſtituturos. *L. ult. §. item ſi extraneus*, *eod.* Nec ſolum tenetur hac actione is, cum quo res geſta eſt, aut ad quem res pervenit: ſed etiam fraudator. *L. ult. §. ult. eod.* ait enim prætor: *Idque etiam adverſus eum, qui fraudem fecit, ſervabo.* L. 1. eod. quæ verba non putavit Mela ad debitorem fraudatorem pertinere, quia iniquum eſſet ex ante geſto actionem dari in eum cui bona eſſent ablata: ut Venuleius refert in *d. L. ult. §. ult. eod.* Ipſe autem putat eo loco etiam in eum hanc actionem dandam: ſi modo ita quædam deperdiderit, ut recuperari non poſſint, ut hoc caſu non tam emolumentum actionis intueri videatur prætor in eo, qui exutus eſt bonis, quam 23 pœnam. Cui ſententiæ congruit illud Marcelli in *L. ſi pater*, *eod. tit.* exiſtimantis, ſi pater filiofamilias liberam peculii adminiſtrationem conceſſerit, & talem, ut vel in fraudem debitorum poſſet peculium alienare, in patrem dandam eſſe actionem, quatenus de peculio alienatum eſt: quaſi, inquit, pater alienaſſet.

XVI. Datur autem actio adverſus eos, quibus cum res geſta eſt, quique fraudem non ignorarunt, in id, ut quod amiſſum eſt, reſtituant. *d. L. ait*, *ut* quo verbo quid contineatur, videamus. Et quod ad rem attinet, quæ alienata eſt, hoc continetur, ut & poſſeſſio, & dominium reſtituatur. *L. hæc in factum*, *eod.* quæ ita iubetur reſtitui, ut nec precium emptori reſtitui oporteat; niſi forte nummi ſoluti exſtent 24 in bonis debitoris. *L. ſi debitor*, 7. & *L. ſeq.*

XVII. Si debitorem fraudator liberavit, hoc agitur, ut is qui liberatus eſt, reſtituat obligationem; puta, ut ſtipulatio quæ accepto facta fuerit, ex integro interponatur. *L. ait*, *§ exitus*, *L. omnes*, in princ. *eod.* Interponatur autem, qualis antea fuerat: ſcilicet, ut pura pure: conditionalis cum ſua conditione: in diem contracta cum ſua die: temporaria, in id tempus duntaxat reſtauretur, quod tum,

cum

23) Ut vel carcere & vinculis coerceatur Cuiac. 12. *Obſerv.* 5. Oldend. *Cl.* 6. *Act.* 1. o. 6. Wurmſer. *Tit.* 28. *Obſ.* 4 *n.* 17 Snedvin *ad §* 6. *I. de act. n.* 28. ſtatuens fraudatorem cedendo bonis carcerem non effugere, ut & Gœd *ad L.* 125. *de V. S. n.* 6. ac Bargal *Lib* 5 *de Dolo C.* 8. *n.* 65 *ac ſeq.* Aliter A. Fab. 20 *Conj.* 13. & alter poſt Lud. Main *Lib* 2 *Act. C.* 12. Vult. ad *§. 6. I. h. t. n.* 52 qui ad hoc conveniri volunt ut revocationem fieri videat & patiatur. Num autem & contra fideiuſſorem debitoris fraudatoris datur? vid. Bargal. *d. Lib.* 5. *C.* 7. *n.* 88 *& ſeqq.*

24 Qua de re plenius Bargal. *d. C.* 7. *n.* 42. *& ſeqq.* ubi & quærit num hic emptor ſaltem a venditore pretium recipere debeat. Quod ipſum affirmat rationibus hinc inde diſcuſſis *n.* 47. *& ſeqq.* Plane Calviſiana conventus pretium recipit *L.* 1. *§.* 12. *ſi quid in fr. patr.* obi ratio differentiæ *tunc* *not. h. C.* 1. *N.* 14. Adhæc ibi patronus lucrum captat, hic creditor damnum vitare ſtudet, Ortolph. Foman. *Diſp.* I. 28. *Th.* 13. *lit. G.* Quid ſi emptor fraudulentus alii bona fide ementi vendidit? In ſolidum pretium rei quod accepit tenebitur *L.* 9. *h. t.* Ubi A. Fab. 20. *Conj.* 14. vel verba *quod accepit* expungenda cenſet, vel legendum *quod non accepit*. Quid enim, inquit, ſi rem vilioris vendidit, anne hoc damno creditoris cedet. Adhæc ſolidum pretium idem cum iuſto, ad differentiam conventi & accepti. Sed nihil mutari neceſſe eſt, ſi ſpeciem ponimus, ubi fraudis conſcius emptor carius vendidit alii, quam quanti ipſe a fraudatore emit. Fere enim fit ot qui in fraudem alienat, ſi ei vendidit, qui fraudis notitiam habet, minori iuſto pretio transferat, ex quo nemo facile gratis malus eſt. Hic ſi alteri fraudis inſcio iterum vendat, iuſtum facile & ſolidum pretium conſequetur. Ratio itaque dubitandi *d. L.* 9. videbatur quod auctarium ſecundi pretii, in quo pretium primæ venditionis excedit, in Paulianam non veniat, quaſi lucrum id negociationis potius ſit. Contra deciditur.

Digitized by Google

eum obligatio extincta eſt, obligationi ſupererat. *L. ait*, *§. præterea*, & ſeq. *L. omnis*, *eod.*

XVIII. Quod ſi quis per fraudationem nactus ſit actionem; ſi quidem adverſus debitorem ipſum, qui ſe obligavit, hunc liberare debet: ſin adverſus alium, ut fit, cum debitor alicui res aliquas tradidit, ut eæ Titio fraudem non ignoranti redderentur (quo facto Titio acquiſita eſt adverſus accipientem mandati actio) tum Titius hanc actionem debet actori cedere. *L. hæc in factum*. *eod.*

XIX. De fructibus, & cauſſa, omnique commodo, quod ex re alienata percipi potuit, tractatum eſt. Et ſine dubio poſt iudicium acceptum omnis cauſſa præſtabitur: id eſt fructus, & partus, omniſque acceſſio, non tantum quæ percepta eſt: ſed etiam quæ percipi potuit, ſi res reſtituta eſſet, cum petita eſt [25] *L. ait*, *§. per hanc*, & *§. præterea*, ſeq. *L. ult. §. non ſolum*, *eod.* quod non in hoc genere actionis tantum, aut certis quibuſdam ſervatur; ſed in univerſum in omnibus. *L. vulgo*, *D. de uſur.* Idque etiam reſtituendi verbum ſignificat. *L. reſtituere*, *D. de verb. ſignific.* ſed & qui fructus, cum res alienabatur, terræ cohærebant, in reſtitutionem venient; quia fuerunt in fraudatoris bonis, ac proinde amiſſi ſunt: qui vero medio tempore ſunt percepti, non venient in reſtitutionem: hac de cauſſa, quia non fuerint in bonis, hæc in *L. ult. §. non ſolum*, & ſeq. *eod.* & hoc eſt plane, quod dixi initio, nihil amplius revocari hoc edicto, quam quod amiſſum eſt, neque vero amittitur id, quod debitor non habuit.

XX. Sed his de rebus datur actio intra annum duntaxat, quo experiundi poteſtas eſt, *d. L.* 1. *L. ait*, eum annum iam dixi, ex [26] die venditionis bonorum computari. *L. ait*, *§. annus*, *eod.* & cur, oſtendi: hæc autem res declarat hanc actionem perſecutionem rei non continere: cui conſequens eſt, ut nec detur in heredem eius, cum quo ſciente quid fraudationis cauſſa geſtum eſt. *L. in honorariis*, *D. de obli. & act.* Et ſane ultra quam pervenit, datur hæc actio, & in dolum concipitur: cuius generis quæ ſunt actiones, pœnam habent, non perſecutionem rei. *L. huius*, *D. quod falſ. tut. auct.* Sed ut cæteræ, quanvis naſcantur ex delicto, idque puniant; tamen de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, perpetuæ ſunt, & dantur in heredem. *L. in heredem*, *D. de calumnia*. *L. quod diximus*, *§. ult. D. quod met. cauſ.* ſic & hæc etiam poſt annum de eo, quod pervenit, competit. *L. ait*, *§ actio hæc*, *eod.* eademque ad hanc uſque quantitatem non tantum heredi, ſed etiam in heredem [27] datur: quo ſenſu accipi debet, quod eſt in extremo *L. ait*, *eod.* quod & ex præcedentibus & capite ſequenti apparet.

HUGO-

25) Huc pertinet *L.* 78. *de R. I.* Ubi de hoc fuſe tractat Petr. Fab. *pag.* 357. *& ſeqq.* add. Bargal *Lib.* 5. *de Dolo C.* 7. *n.* 30. *& ſeqq.* Io. Copus *Lib.* 4 *de Fructib. Tit.* 1. *C.* 6. Utri autem fit hæc reſtitutio, agentine creditori, an debitori qui alienavit? Poſterius contendit Trentacinq. 1. *Pract. Reſol. Tit. de Except. Reſol* 4. *n.* 21. & Vult. *ad §.* 6. *I. de act. n.* 54. (1) quia hic fit reſtitutio in priſtinum ſtatum, ut perinde ſint omnia, ac ſi nihil alienatum eſſet *L.* 38 *§.* 4. *de uſur.* (2) quia intendit actor rem in bonis debitoris manſiſſe *d. §.* 6. Debitor itaque pro domino habetur proinde ipſi reſtituendum. Sed Vulteium refellit A. Fab. 20. *Coniect.* 16. quia Pauliana agitur, cum iam debitor excuſſus & omnibus facultatibus exutus *L. ait. §. ult. h. t.* vid. *ſupra N.* 20. ubi iam bona vendita, ut nec ulla habeat nec habere poſſit, niſi dimiſſis omnibus creditoribus. Ex quibus facilis ad obiectiones ſolutio. Neque enim cum hac agitur, cætera ſunt in eo ſtatu quoad debitorem, quo erant tempore alienationis. Et quod hic nihili putatur, alienatio id efficit ut miſſi videantur creditores, tam in poſſeſſionem alienatorum, quam quæ remanſerant. Hac actione ut liberetur reus oblatione debiti, vid Bargal *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. *n.* 69. *& ſeqq.* Wurmſer. *Tit.* 28 *Obſ.* 4. *n* 18 audiri ſcribens etiam poſt ſententiam, uſque quo ſuſceptum iudicium in actione iudicati.

26) Quomodo & exponenda *L.* 6. *§. ult. h. t.* non autem ut Old. *Cl.* 6. *Act.* 1. *n.* 8. de die alienationis fraudulentæ. Exerceri quippe hæc actio nequit, niſi bonis aliis venditis, vid *not. h. C. N* 20. etſi forſan antea nata ſit. Utilis autem hic annus non currit, niſi ex quo agi poſſe cœpit. Sneidvin. *ad §.* 6 *Inſt. de act. n.* 83. Coraſ. *ibid. n.* 7. Wurmſer. *Tit.* 28. *Obſ.* 4. *n.* 2 Plane remiſſa in fraudem actione ad liberationem revocandam id tempus datur, quod ſupererat obligationi *L.* 10. *§.* 23. *h. t.* Sneidvin. *d. loc. n.* 82. & Wurmſer. *n.* 3

27) In quo nempe valor rei pretium conventum datumque excedit, Sneidvin. *ad §.* 6. *Inſt. t. de act n.* 81. Wurmſer. *d. Obſerv. n.* 4. In exceſſu enim illo cauſſa lucrativa eſt. Sneidvin. *d. loc n.* An & Ceſſionario hæc actio competat, vid. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 7. *n.* 85. *& ſeqq.*

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS QUARTUS.
CAPUT I.

De litis conteſtatione. Poſt hanc quod ſit officium iudicis: tum quæ litigatoribus agenda ſint.

Continuatio, *propoſitum auctoris*, *& methodus*. I.
Litis conteſtatio qui fieret apud veteres, *& quomodo ſub Imperatoribus emendata*. II. III.
Initium iudicii apud Romanos ex iudicii formula, *qua prætor* iudicium dabat: *quæ horum verborum ſignificatio*. IV.
Formula iudicii quæ; *huius cauſſa triplex*; *prima iamdiu obſolevit*, *& altera*. V.
Tertia utilis etiam noſtris moribus, *& quare: hæc conſtituebat iudicium*. VI.
Accipere, ſubire, excipere iudicium *actor & reus dicebantur*, *& quomodo*. VII.
Pro dato & conſtituto olim iudicio cedere hodie litis conteſtationem. VIII.

I. POſtquam in ius vocatus eſt reus, eique edita actio eſt, ſpacio ſumpto, quod legibus tribui diximus, deliberare ſecum debet, Utrum cedere an contendere velit, & de eo reſpondere actori. Ex qua reſponſione, magiſtratus, ad quem introducta controverſia eſt, quid ſequatur & ſtatuat, habebit. Non enim idem reſpondent omnes. Ac pro reſponſione ius commutatur. Fieri poteſt, ut in iure fateatur reus rem eſſe actoris, quæ petitur; debere ſe quod petitur. Fieri poteſt, ut neget. Utraque res aliud atque aliud officium eius, qui aditus eſt, inducit. Si confitetur in iure reus, lis ſublata eſt, quæ nulla eſſe poteſt, niſi de re controverſa. Ideo ſic ius conſtitutum habemus, ut confeſſus habeatur pro iudicato, ut proinde hic ceſſent iudicantis partes, ſuccedantque partes magiſtratus de cogendo reo ad ſolvendum: eædem, quæ rebus iudicatis ſolent eſſe adverſus condemnatos. Sed de confeſſis dicendum eſt poſtea. Poſtquam enim adverſus confeſſos ſequimur regulam iudicati: de illis, niſi expoſito omni rerum iudicatarum iure, recte dici non poteſt. Itaque factum eſt ordine eum in edicto perpetuo: tum in Pandectis, & Codice, ut titulus de confeſſis ſubiiceretur titulo de re iudicata, & de rei iudicatæ exſecutione. Si negat reus, quod intenditur & hic adverſus actorem conſiſtendum putat: fit eius negatione res dubia, naſciturque ex hac contentione utriuſque ea, [1] quam litem, & contro-
ver-

1) Veriſſimum enim quod Vigel. *de Lit. conteſt. C.* 1. & paſſim Obrecht. *Tr. de Lit. conteſt. C.* 2. *n.* 16. *& ſeqq.* Bachov. *Diſp. C.* 1. docent & per confeſſionem rei non induci litis conteſtationem unquam poſſe, & non niſi negatione ex parte Rei illam fieri. Quod & *L.* 14. §. 1. *C. de iudic.* ſatis clare probat verbis: per narrationem propoſitam & contradictionem obiectam. Et ipſa naturalis ratio cuivis dictat litem non eſſe poſſe, niſi unus affirmet, alter neget. Nam cum a conteſtatione ac iis oriatur, indeque initium conflictus ac concertationis iudicii fiat, de qua re lis non apparet, de eadem nec conteſtata dici poteſt: Cumque res affines ſint iudicium ac prælium, ſicuti certamen non init, qui deditione in hoſtium poteſtatem venit, ita nec qui confitetur, iudicium accipit, *L.* 71. §. 2. *de L.* 1. Furcat. *Sphæra Legali n.* 39. Proinde non videntur adeo a vero deviare, qui idem Iuriſconſultis conteſtationem litis eſſe, quod Rhetoribus inquiſitio ac conſtitutio ſtatus cauſſæ, ita ut ex hac profluat ſtatus cauſ-

Digitized by Google

verſiam nominamus. Unde hæc ipſa ſive contentio ſive expoſitio negotii, quia ſimul olim litigatores in ea, quæ intenderent, & reſponderent, teſtes adhibebant, litis [2] conteſtatio appellatur. De quo verbo paulo poſt plura. Huius litis dirimendæ cauſſa iudex quæritur, ex quo intelligitur, quodnam hic officium magiſtratus, qui aditus eſt, eſſe velimus. Nempe hoc, ſi res naturæ tantum ordine quæratur, ut vel iudicet ipſe, vel alium det eius rei iudicem, quibus in cauſſis licet dare, ut ſit videlicet, qui iudicio ſuo controverſiæ finem imponat. Quo poſito, nihil ſupererit, niſi ut quæratur, quodnam ſit officium iudicis. Et ita, inquam, ſe res habet, ſi quæratur res naturæ tantum ordine ſine alia ſolemni forma, & præceptis civilibus. Nunc autem iuris civilis ratio hic nos remoratur. Primum ſunt quædam, quæ ius civile vetus in litis conteſtatione, & facto magiſtratus exigat ad ordinationem iudicii, De quibus vel ideo dicendum eſt, ut ſciatur, an eodem iure etiam num utamur: vel ut nihil ſit aliud; ſaltem ideo ut ratio loquendi, quæ inde nata eſt, & paſſim a veteribus in hoc genere uſurpatur, nota ſit. Deinde eſt quiddam non tam ad conſtitutionem iudicii neceſſarium, quam litigatoribus utile, quod illi in litis conteſtatione cavere debeant: cuius propterea initio admonendi videantur.

II. De utroque igitur prius, ut iudicii ordo, & utilitas litigatorum iure civili poſtulat. Mox de iudicio & officio iudicis. Et quod ad litis conteſtationem attinet, ita ius fuit olim, ut non eſſet ſatis quibuslibet verbis intendere aliquid ſuum eſſe, ſibi aliquid deberi, idque petere per iudicem: ſed certæ [3] formulæ eſſent cuiuſque actionis, atque adeo etiam reſponſionis rei: ſi modo is non inficiatione, ſed contra defenſione aliqua uteretur. In quibus, ſi quis peccaret, inutiliter ageret. Pomponius in *L. 2. §. deinde ex his, D. de* orig. iur. *deinde ex his legibus*, inquit, *eodem fere tempore actiones compoſitæ ſunt, quibus inter ſe homines diſceptarent, quas actiones ne populus ut vellet inſtitueret, certas ſolemneſque eſſe voluerunt*: atque inde factum, ut ipſa actio quia formula ſolemni conſtaret, formula vulgaris ſit appellata a Paulo in *L. ſi ſervus navem, D. de furt.* Fuit & hoc ſolemne veteribus, ut eum negotium apud magiſtratum expoſuiſſent, in id, quod intendiſſet actor, quodque contra reſpondiſſet reus, ambo ultro citroque teſtes adhiberent. Unde verbum litem conteſtari, auctore Feſto in verbo, *conteſtari*. Sed ne quid neceſſe ſit de his perſequi longius; & formularum, & teſtationis neceſſitas in lite inſtituenda hodie ſublata eſt. De formulis quidem exſtant conſtitutiones ſub Titulo. *C. de formul. & impetrat. act. ſublatis*. quibus conſtitutionibus cavetur, ut iuris formulæ aucupatione ſyllabarum inſidiantes amputentur: & dum actionem rei, & propoſito negotio convenientem eſſe conſtiterit, nihil quæratur amplius. Et hic quidem titulus, ut nihil addatur aliud, palam oſtendit fuiſſe in uſu eas formulas, quas dixi. Quibus ſublatis ſupervacaneum eſt, de his plura ſcribere, præſertim cum & ab aliis indicatæ ſint pleræque, & res ſit a memoria noſtra alienior.

III. De teſtatione autem, & hanc quoque ſublatam eſſe, inde ſciri poteſt, non ſolum quod nulla eiuſmodi teſtatio exigatur in libris noſtris; qui nobis a Iuſtiniano traditi ſunt: ſed etiam quod in *L. Unic. C. de lit. conteſtat.* non obſcure ſignificetur ad efficiendam eam, quæ dicitur litis conteſtatio, & ad rem in iudicium

cauſſæ, in quo tota contentio litigatorum conſiſtit Vigel. *d. loc.* Obrecht. *d. Tr. C. 5. n. 32. & ſeq.* ac paſſim Pollet. 4. *Hiſt. fori* 8. Aut ſi omnino aliquo reſpectu diverſa ſicuti Gœd *ad L. 36 de V. S. n. & ſeqq.* conſtitutionem litis a conteſtatione differre contendit, quod illa formulam futuri iudicii exprimat, hæc de data formula interponatur &c. fateri tamen omnino oportebit, non aliter aut antea recte eam fieri, quam de illa cauſſæ conſtitutione, & in quo *κρινόμενον* verſetur, appareat. Etſi DD. vulgo doctrina & iudiciorum vulgatus uſus valde diſcrepet. Qua in re periculoſe errari, indeque confuſionem & litium diuturnitatem oriri, Vigel. conqueritur. Sed quid de hac re noſtri iudicii ſit, & de tota materia accuratiorem diſpectionem in aliud tempus reiiciemus.

2) Vid. Ræv. *Pretrib. Cap.* 11. Cuiac. 9. *Obſ.* 21. P. Fab. 2. *Semeſtr.* 24. Ioach. Stephani *Lib. 1. de Iuriſd. C. 9. n.* 10. Obrecht. *de Lit. conteſt. C. 5. n. 3. &c.* Attamen Pollet. 4. *Hiſt. fori* 8. inde dici conteſtatam cenſet, quod poſt iudicium acceptum ſit perpetua, ut virtus conteſtata pro perenni, Cic. *pro Flacco*. Alter Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 14. quod ubi dilatoriis exceptionibus in iure reiectis reus iudicium ſubterfugere non poſſet, actor atteſtaretur, ſe intentionem ſuam, reus autem conteſtaretur, ſe exceptionem ſuam probaturum Noſtrati dicitur *die Kriegsbefeſtigung*. Speciem enim bellici certaminis habet forenſe. Et in ius vocatio, ac quæ præparatoria hodie, loco inductionis & denunciationis ſunt. Hæc autem primus veluti pugnantium congreſſus; Unde olim ſolemne quoddam litis conteſtationis manuum conſertio. Induciarum deinde loco dilationes, quæ & induciæ uſurpantur. Hinc Cic. *pro Caecinad* actione confligere, & confligentes pro reis *L. pen. Cod. ad L. Corn. de falſ.* Pollet. 1. *Hiſt. fori 4. n.* 4. Theod. Marcil. *in L. 12. tabb. collect.* C. 18. Forcat. *Sphara legali C. 1. n. 38. & ſeqq.* Obrecht. C. 1. *n.* 3.

3) De formulis actionum & iudiciorum conſulat, cui lubet Vacon. 6. *Declar.* 87. *n.* 11. *& ſeq.* Pollet. 3. *Hiſt. fori* 15. P. Fab. 1. *Semeſtr.* 21. Chriſtoph. Coler. *Parerg. C.* 9. Gœd. *ad L. 5. de V. S. n. 24. & ſeq.* Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. Parte 5. §. 1. n. 5. ac 6.* Charond. *de Iuriſd. n.* 8. Ræv. *de Anct. prud. C.* 2. Obrecht. *de Concipiend. libell. C. 8. n. 20. & ſeqq.* &c.

eium deducendam, ſufficere ſolum narrationem negotii, per quam iudex cauſſam audire cœperit. Nec immerito. Poſtquam enim iudicium a magiſtratibus dari cœpit, cum iudicii formula vel conſtitutio inter acta iudicii exiſtaret & acta fidem habeant publicam: fruſtra deſideretur alia eius rei probatio. Itaque res ſublata: nomen tamen, quod initio fuerat, manſit, diciturque uſitate litis conteſtatio pro ea negotii narratione & litigatorum conflictu, qui litem facit, & iudici indicat *d. L. uni. C. de lit. conteſta.* Ex his apparet in litis conteſtatione rediiſſe rem nobis ad ſimplicitatem naturæ: ut [4] quibuſcunque verbis actionem intendat actor, quibuſcunque adverſus conſiſtat, & ſe tueatur reus, dum de re conſtet, ſatis ſit ad litis conteſtationem, & ad rem poteſtati magiſtratus ſubiiciendam.

IV. Sed nondum initium iudicii. Viſum eſt Romanis ſic eſſe iudicium de re controverſa, ſi magiſtratus ipſe, qui aditus eſt, iudicium daret atque conſtitueret. Nam eſſe prætoris iudicium dare, & dare actionem, ipſorum prætorum edicta ſatis probant: quæ magna ex parte ita concepta ſunt, ut in his polliceantur, ſe iudicium aut actionem daturos. Videndum, quid eo verbo contineatur. Et ſi de vi verborum quæritur, non difficile eſt intelligere, dare actionem eſſe agendi ſeu experiundi poteſtatem facere: Iudicium dare eſſe facere iudicii poteſtatem, ideſt concedere, ut ſit iudicium de re controverſa, quale poſtulatum eſt. Ut utrumque re ipſa idem valeat: cum non ſit actio, niſi quæ rem iudicio perſequitur: nec ſit iudicium, niſi ei qui agit adverſus eum, cum quo agitur. Itaque non abs re prætor in edicto de ſepulcro violato quod exſtat in *L. 3. D. eod. tit.* promiſcue iſta pro eodem uſurpavit, ***iudicium dabo, actionem dabo, & agendi poteſtatem faciam.*** Et hæc inquam, verborum vis eſt. Sed quæritur, quomodo prætor hanc poteſtatem faceret. Id vero perficiebatur formula iudicii reddita. Ex quo illa: includi poteſtatem iudicis iudicii formula: & arbitrum iudicii formula ſolutum apud Senecam.

V. Ea duo complectebatur prætor. Nam propter verborum formulas, quibus concipiebatur, & impetrabatur actio (quas ſupra ſublatas eſſe diximus) conſtituebat, qua de re ageretur: & una iubebat, de ea re eſſe iudicium, quo is, cum quo agitur, condemnetur. Fuitque formula ad hunc fere modum: Si paret Lucium Titium Publio Mævio decem ex cauſſa mutui dare, facere, oportere, de eo iudicium eſt, quo Publius Mævius condemnetur: ſic enim in edicto de ſepulchro violato ſcriptum eſt: iudicium dabo, ut i ad quem ea res pertinet, condemnetur. Quod ſi prætor daret iudicem, pro his verbis, de eo iudicium eſt, ita diceret; Aquilius iudex eſto, & Mævium condemnato. Ut hoc modo iudicium daret prætor, inſtitutum eſſe videri poteſt tribus maxime de cauſſis. Primum, cum iuri reddendo præſit magiſtratus, videtur convenire huic poteſtati, ſi actio ab eo impetretur: ſcilicet, ut quemadmodum reliqua, quæ ad ius noſtrum pertinent; ſic actionem, quia de iure experimur, reddat: ut ſciretur rite actum eſſe iudicio. Nam neque dabatur alii, quam ei qui rite egiſſet; & hoc amplius in ea verba reddebatur a prætore, in quæ poſtulatum erat. Sed prior ex his cauſſa nihil ad rationem iudicii. Altera etiam formulis actionum ſublatis, hodie nulla eſt.

VI. Eſt vero tertia, quæ etiam nunc valere debeat, ut quæ maxime pertineat ad indicium recte ordinandum: Nempe ut indicio dato ita ut ſupra dixi, iam ab initio ſit certum & conſtitutum id quo iudicium omne, ideſt, & probationem litigatorum & iudicis cognitionem referri oportebat. Quod fieri apprime eſt in iudicio utile: ne aut litigatores alias res agant, & vagentur, dum non habent ſcopum propoſitum, quo tela dirigant: aut iudex quidvis in eo iudicio ſibi permittat; dum nullis finibus litis iudicium eius, & poteſtas circumſcribitur. Unde ea formula a prætore reddita, admiſſo actore ad agendum, dictum eſt a veteribus conſtitui iudicium, non tam ideo, quod tam inde iudicium eſſe inciperet, quam quod ea formula poneretur, & conſtitueretur id,

4) Ita autem negocium exponi iuris rationi conveniens eſt, ut ex intentione actoris ac inficiatione, aliave depulſione rei Iudex in quo cauſſa conſiſtat perſpicere poſſit. Quod & Vigel. ac Obrecht. *de Lit. conteſt* ſæpius inculcant, & Donell. idem ſentire apparet. Quocirca veriſſimum eſt vulgatam formulam: *Nego narrata prout narrantur, & dico petita fieri non debere,* a vera litis conteſtatione nimium quantum diſcrepare, cum Iudex æque incertus ſit ac antea, in quo lis conſiſtat, vid. Vigel. *de Litis conteſt. C. 2.* & Obrecht *C. 2. n. 35. & ſeqq. ac C. 7.* Unde eam ceu captioſam rectiſſime Auguſtus Elect. Sax. reprobavit, ſanxitque ut ad ſingula libelli capita dilucide ac diſtincte reus reſpondeat *Nov. ſua* 10. *P.* 1. Enim vero etſi in eadem cauſſa, ſeu lite plures controverſæ quæſtiones moveri poſſint: litis tamen conteſtatio ea ſolum quæ ex prima conflictione oritur, cuius occaſione aliæ naſci poſſunt. Nec ſpectatur, niſi ſuper eo, de quo principaliter contenditur, cum etſi de incidentibus & emergentibus aliis quoque cognoſcatur, de hoc tamen ſolum definitiva ferri debeat ſententia, vid. Vigel. *Cap. 2. p.* 146. *& ſeq.* Pollet. 4. *Hiſt. fori* 8, *p.* 356.

id, de quo Iudicium eſſet, & in quo id ipſum verſaretur. Cicero in Partition. *Atque etiam de conſtituendo ipſo iudicio ſolet eſſe contentio: cum aut ſitne actio illi qui agit, aut iamne ſit:* & quæ ſequuntur.

VII. Iudicium ut dabat prætor, ita datum litigatores accipere dicebantur. Actor quidem ſine dubio cum præcipue is iudicium poſtularet; & volens prætor volenti & poſtulanti id redderet. Sed nihilominus & reus dicebatur id accipere. *L. ſi is qui*, 34. *D. de iudic.* etſi enim nollet fortaſſe id admittere, ſi liceret (unde iudicium dicitur reddi in invitum, *L. inter*, §. 1. *D. de verb. obl.*) coactus tamen metu poteſtatis, quæ exercetur in contumaciis, velle intelligitur. Dicitur & reus iudicium, ſeu actionem excipere. *L. qui non cogitur*, *D. de iudic.* tanquam ſolum videlicet quod intenditur ab actore. Item ſuſcipere, & ſubire iudicium. *L. 2. §. legatis. L. 3. L. ſed etſi ſuſcepit*, *D. de iud.* Cicero in eod. loco: *Quare de conſtituendis actionibus, accipiendis ſubeundiſque iudiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda æquitate, quod ea fere generis eius ſunt, ut quanquam in ipſum iudicium ſæpe dilabantur: tamen ante iudicium tractanda videantur*, & quod ſequitur. Quæ duo poſteriora inde dicta ſunt, quod ita iudicium accipiat reus ut accipiat in ſeſe, ſubeatque neceſſitatem parendi, ſi eo iudicio victus fuerit. Quia tamen & actor iudicium non ſibi tantum ſed etiam adverſus ſe admittit: hæc eadem & actorem facere non male quis dixerit. Ex quo eſt quod iudicio dicitur contrahi *L. 3. §. idem ſcribit*, *D. de pecul.* Quia autem lite conteſtata poſtulante actore, eodem tempore reddebatur iudicium, eam ipſam conteſtationem [5] verbis exprimens: nec ante conteſtatio pro iuſta conteſtatione habebatur, quam iudicio eſſet incluſa: inde factum eſt, ut hæc in uſu iuris idem exprimant, poſt litem conteſtatam, & poſt acceptum iudicium. Ut hi loci indicant: *L. illud*, *D. de pet. her. L. propterea*, *D. de rei vindic. L. cum fundus*, *D. ſi cer. pet: L. vulgo*, *D. de uſur.*

VIII. Videndum, an quicquam ius civile poſterius in hac re immutarit. Equidem formulas actionum, & harum impetrationem, qualis initio fuit, ſublatas eſſe fateor. *L. ſi. C. de iur. for. & imp. act. ſubl.* Cæterum rem ipſam; id eſt [6] conſtitutionem certam litis manſiſſe, illud erit argumento, quod edicta retenta ſint, & paſſim extent in Pandectis, quibus pollicentur prætores, ſe actionem & iudicium daturos. Quod paſſim legimus iudicium actori datum, aut denegatum eſſe: paſſim iudicium acceptum pro litis conteſtatione. Nec vero mihi quidem quidquam occurrit, quo probetur ab eo iure receſſum eſſe. Eſt quidem ſcriptum ita in *d. L. ult. C. de iur. for.* nullis fraudi deinceps futurum, quod actionem non impetrarent. Sed hoc de certa ſolemnique actione, quales ante actiones fuiſſe conſtat, accipi debere, ſequentia eius conſtitutionis declarant: cum conſtitutio ſubiiciat, ita demum non nocere, ſi quis non impetret actionem; dum *eam res & propoſito negotio competentem eſſe conſtiterit*. Quod ſine dubio perinde eſt, ac ſi diceret: nihil ad rem pertinet deinceps, quibus verbis, quave formula actionis quis

5) Ræv. *Protrib. C.* 11. Dato Iudice & ordinato iudicio utraque pars ſibi invicem denunciabat, ut ad Iudicem datum veniret, & ad convocatos vel adſtantes dicebat, *Teſtes eſtote &c.* Apud Prætorem itaque olim conteſtatio hæc fiebat, cum lite demum conteſtata officium Iudicis dati inceperit *L. 73. de Procurat. & ſimil.* ut recte plerique & Obrech. *h. t. C. 4. n. 2.* nequicquam refragante Timæo Fabro 1. *Annot.* 23 Sicuti & Athenis lite apud Theſmothetas, quorum officium ſimile prætorio, conteſtata litigatores introducebantur in forum Heliaſticum, Ioach. Stephani 2. *de Iuriſd.* 5. *n.* 21. Eratque hæc actus legitimus, quæ conceptis verbis pure ſine conditione, utroque præſente fiebat, Petr. Fab. 2. *Semeſtr.* 14. 358. Hodie vero cum reus non ſtatim reſpondere teneatur, nec præſentiam actoris, dum reus litem conteſtatur, requiri notant, vid. Bover. *Singul.* 36. *n.* 1. Obrecht. *h. tit. C. 6. n. 5. &* Gutierez. *Lib. 1. Pract. Q.* 51. ac conditionalis vel eventualis, quæ dicitur, recepta eſt. Myuſ. 3. *Obſ.* 74. *n.* 6. *&* 9. Obrecht. *C. 9. n.* 12. & apud nos, exceptionibus dilatoriis obiectis, iniuncta *Novel. Elect.* 3. *P.* 1. vid. Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 13.

6) Vulgo hæc dicitur Baſis, lapis angularis & radix Iudicii, quæ nec partium conventione omitti queat, omiſſa proceſſum vitiet, DD. paſſim. Cauſſas tamen quibus non requiratur haud paucas ſtatuunt, vid. Monach. *Pract. P.* 7. *C. 6. n. 7. & ſeqq.* Obrecht. *C. 4. n. 26. & ſeqq.* Cum primis vero omnes, in quibus libellus poteſt omitti, Gail. 1. *Obſ.* 46. *n.* 6. Obrecht. *d. C. 4. n.* 50 Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 3. *n.* 8. *&* 9. Sed in iis primus actus contradictorius eiuſdem efficaciæ, vid. Obrecht. *C. 8. n.* 11. *&* 12. Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 49 *n* 6. *&* 9. Effectus autem plures, ac quoad pleroſque durior rei, creditoris melior ſit conditio Briſſ. *Lib. 1. de Solut. pag.* 370. quoad aliquos tamen contra. De quibus, vid. Hot. 4 *Obſ.* Obrecht. *h. Tr. C. ult.* Scaccia 1. *de Iudic.* 103. *n.* 8. *& ſeqq* Bachon. *Miſc. Diſput. C.* 1 De vi proteſtationis rei, *nec tamen animo litem conteſtandi*, conſule Mathelilan. *Sing.* 63. & ibidem Gabr. Sarayna, Mynſ. 3. *Obſ* 31 Obrecht. *C. 7. n.* 59. *& ſeqq.* Deque his & aliis ad hanc materiam adi Vigel. & Obrecht. *d. Tr. de Litis conteſt.* Scaccia 1. *de Iudic.* 103. Mynſ. 1. *Obſ. &* 3. *Obſ.* 74. *&* 4. *Obſ.* 49. *&* 62. Gail. 1. *Obſerv.* 63. *& ſeqq.* Sich. Gilken. *ad h. t. C.* Io. Monach. *ad h. t. Decretal.* Weſenb. *ad h. t. C. & conſ.* 6. *uſque ad n.* 40. Wurmſ. *Obſ. tit.* 13. Zoan. *Rer. Quotid. C.* 52. Aſin. *Praxi iudic.* §. 17. Petr. Fab. *ad L.* 86. *& ſeq. de R. I.* Curt. 1. *Conſ. ad fr.* 30. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 1. *&* 2. *ſeqq.* Rauchb. *P.* 2. *Q.* 28. *n.* 41. *& ſeqq.* Blarer. *in L. diffamari C.* 7. 7. Viu. *Lib* 2. *Deciſ.* 210. Coler. *Deciſ.* 298. *& Conſ.* 44. *n.* 50. *& ſeqq.* Iac. Schult. *Obſerv. for.* 42. *&* 5. *ſeqq.* Ut perplures alios, quos adii, taceam. Quando lis conteſtanda cum tertio interveniente vid. Covar. *Pract. QQ. C.* 13. *& ſeqq.*

agat pro vetere more, & inſtituto, dum verbis utatur aptis, & rei propoſitæ convenientibus. Hanc dationem hodie ſi ſuſtuleris: manebit quidem ſola litis conteſtatio, unde iudicium incipiat: ſed ita, ut hoc cedat pro iudicio dato, & conſtituto, cum iudex audito negotio, id eſt, intentione actoris, & inficiatione aut depulſione rei decernet, ut in id quod intenditur, aut excipitur, litigatores probationes afferant. Melius tamen eſt id ipſum præcidi a magiſtratu ob eam cauſſam quam ſupra reddidi.

C A P. II.

Quæ defenſiones initio conteſtandæ ſint, ut deinceps iis in iudicio uti poſſimus. Quæ conteſtandæ ſint, has exceptiones dici. Inde de exceptionibus. Quid ſit exceptio, & unde nomen exceptionis; hanc eandem dici præſcriptionem, & cur. Quid ſit actionem perimi ipſo iure, & per exceptionem. Quid ſit exceptionem ineſſe bonæ fidei iudiciis. Quid ſit in pactis factum verſari. Item de replicatione, duplicatione & ſimilibus.

Nexus rerum. I.
Defenſiones alias quandocunque ante ſententiam obiici & prodeſſe reo; alias ita ſi fuerint initio allegatæ. II.
Cui reo utraque competant; quæ illæ ſint; quando & quatenus opponendæ. III.
Defenſiones poſteriores reo non prodeſſe, niſi initio conteſtatas quibus rationum momentis oſtendatur. IV. V. VI. VII. VIII.
Eas initio allegari oportere in ſtrictis dumtaxat, non in bonæ fidei iudiciis. IX.

I. ET ſunt iſta poſita in neceſſitate iuris, quo iudicium recte inſtituatur, ac ſine quibus olim iudicium non foret. Illud, quod ſequitur pertinet ad utilitatem litigatorum dumtaxat. Ut videant, quid in lite conteſtanda reſpondeant, obiiciantque ultro citroque adverſario, aut quid prætermittant. Quod quidem quale ſit, ad iudicii ordinem nihil pertinet, nec iudicium omnino remoratur. Sed ad exitum iudicii pro utilitate aut contra utilitatem reorum multum intereſt.

II. Sciendum eſt enim eſſe quaſdam defenſiones, quæ quandoque, dum ante ſententiam, obiectæ ſemper reo proſint ad abſolutionem: quaſdam eiuſmodi, quæ etſi iure competant reo; niſi tamen allegentur initio, aut verbis iudicii dati tacite includantur, nihil proſit eas opponere poſtea, quanvis ante ſententiam: de quo ita ſtatuendum eſt. Si is, qui negat ſe debere, aut ſe teneri actione, tenetur ipſo iure: cæterum de æquo & bono fit, ut damnari non debeat; quæcunque cauſſa eſt qua hic defenditur, cauſſa eſt, & defenſio eiuſmodi, quam initio obiicere oporteat, & conteſtari, atque ita curare ut in iudicium veniat, qua prætermiſſa nulla eius ratio haberi debeat a iudice, quanvis poſtea re ab actore probata, ante ſententiam opponatur. Id ut planum fiat explicandum eſt paulo pluribus.

III. Ergo ut non teneatur reus intentione adverſarii, fit dupliciter. Accidit enim aut ipſo iure, aut ex æquo & bono duntaxat. Ipſo iure, id eſt, iure civili, quod de obligandis ac liberandis reis conſtitutum eſt, non tenetur is, qui aut nihil fecit eorum, quæ obiiciuntur, ex quibus oritur obligatio: aut, qui cum prius eſſet obligatus iure, liberatus eſt deinde iis modis, quibus obligatio tollitur. Ut ſi decem ex cauſſa mutui petantur ab aliquo, ſic fiet, ut non teneatur ipſo iure, ſi [1] aut ea non acceperit, ut inten-

1) Et meram quidem facti inficiationem exceptionem non dici convenit, aſt ſi quid proponitur quo actio quæ conſtitit, ſublata arguitur, exceptionem DD. vulgo appellitant vid *not. ſupra Lib.* 22. *Cap.* 1. *N.* 2. *&* *N.* 4. De mera enim negatione dici nequit, quod litis ingreſſum aut conteſtationem impediat, cum ea obiecta ſtatim fiat vera litis conteſtatio. Cæterum & ab his, & a veris quoque exceptionibus diverſa eſt. Exceptio quæ dicitur deficiens actionis, cum nec factum propoſitum ab actore negat reus, nec quidquam æque in facto conſiſtens allegat, quo ſe contra intentionem tueatur, ſed præſuppoſitis, ceu veris, narratis actoris ius experiendi actione intentata cum deficit, *da wann gleich. alles Klagers Vorgeben nach ſich verhielte oder begeben hette, dennoch ihme endweer gar Keine, oder doch nicht die von ihm angeſtalte Klage zuſtendig.* Etſi vero exceptiones veras non oppoſitas Iudex regulariter non ſuppleat, tritiſſimum tamen pariter & veriſſimum eſt, cum ipſo iure non competere actionem Iudi-

Digitized by Google

intenditur ab adverſario, aut ſi cum accepiſſet, ea poſtea ſolverit: quoniam ſolutione tollitur obligatio iure: ac quibus tollatur præterea, traditur ſub Titulo *Quibus mod. toll. oblig.* Eorum modorum nullo interveniente, nihil dici poteſt aliud, quam eum ipſo iure teneri qui ante fuerat iure obligatus. Sed evenit interdum ut non ſit æquum eum, qui ita tenetur, condemnari, quod his de cauſſis accidit, ſi pactus ſit, ne a ſe peteretur: ſi deferente adverſario iuraverit, ſe non debere: ſi quandoque abſolutus ſit de ea re ſententia iudicis: ſi actoris dolo malo inductus ſit, ut ſe obligaret: ſi metu coactus idem fecerit: ſi pecuniam, quæ tanquam mutua petitur, dicat ſibi non numeratam: quæ cauſſæ exponuntur ſub Titulo, *de exceptionibus; Inſtit.* Si denique conſtitutum ſit iure, ne a reo petatur, ſed aut propter favorem ipſius rei, ut quia ſit mulier quæ ſe pro alio obligarit: aut in odium creditoris, ut quia mutuum dederit filiofamilias In quo genere ſunt exceptiones Senatuſconſulti Velleiani, & Macedoniani. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Quibus de cauſſis omnibus dixi alias ſub Titulo *D. de ſolutionibus*. Neque nunc eſt de his dicendi locus: hoc intellecto hoc eſt quod dicimus, qui ipſo iure non debet, huic ſatis eſt initio dicere, ſe non teneri. Et quanvis debuerit aliquando id, quod poſtea ſolvit, non tamen neceſſe habet, initio obiicere ſolutionem, eamque conteſtari. Non quod ſi convincatur accepiſſe decem mutua, non debeat dicere ſe ſolviſſe, idque ipſum etiam probare iudici, (alioqui quo modo iura noſtra intelliget iudex, niſi allegemus?) ſed quia non neceſſe habet initio id facere, tantumque id facere ſatis eſt quandoque ante ſententiam, ut a iudice abſolvatur; ſcilicet quia vere dixit, ſe non debere id, quod omni iure non debuit; ut neceſſe ſit hoc idem a iudice pronunciari, probata aliquando ſolutione. Qui autem cum iure ſit obligatus, habet tantum ex æquo & bono cauſam, cur placeat eum non debere damnari; puta, quia pactus ſit, ne peteretur: hoc dicimus ſic eum debere abſolvi, non ſi pactum opponat quandoque & probet: ſed ſi opponat ab initio litis. Hoc autem prætermiſſo in ſtrictis iudiciis eum damnari debere. Itaque a quo petuntur decem mutua, de quibus non reddendis poſtea convenit, is ſic utiliter reſpondebit adverſario, ſi de intentione actoris vel abſolute confeſſus, vel confeſſus ſub conditione, ſi actor probavit ſe dediſſe, obiiciat ei pactum ſecutum eſſe, ne peteret. Quo omiſſo, ſi actor de mutuo probavit, neceſſe eſt, ut fuit litis & iudicii conſtitutio reum damnari. Quia apparuit vere, eum debuiſſe, quod negabat: & de quo iudicium fieri voluit; nec quicquam ei proderit poſtea pacti defenſio initio prætermiſſa, quoniam pactum iure non prodeſt reo ad liberationem: ſed beneficio, & tuitionis prætoris, qui id in iudicium incluſerit: ut ubi non ſit id iudicio incluſum, vel aſſentiente reo, non debeat eius pacti ratio haberi. Id ita eſſe liquebit, ſi oſtendero iſtarum rerum defentionem in uſu iuris dici tum exceptionem, tum præſcriptionem: de utraque autem ita ius eſſe, ut eam oporteat initio litis opponere.

IV. Eſt vero ita, ut ea defenſio, quæ ex æquo & bono tantum prodeſt ad abſolutionem, non ipſo iure reum liberat, dicatur exceptio. Ulpianus exceptionem definit actionis excluſionem in *L. 2. D. de except.*

Iudici conſtat, eius officio, actorem, etiam reo non opponente a limine iudicii repelli poſſe, ac reum quoque non petentem abſolvi debere. Nemo enim ſine actione experiri poteſt *L. 6. §. ult de neg geſt. L. 19. L. 36 de reb. cred. L. 9. §. 3. de admin tut. L. 2. de dote praleg & ſimil.* Uti enim actio ſine debito non conſiſtit, ita nec iudicium ſine actione, vid. Obrech *de Con ip. libell. Cap.* 6. *n.* 1 Gail. 2. *Obſ* 18 *n.* 3 Menoch 1. *Arb.* Q. 16. Afin *de Exſecut* § 3. C. 54 Belon 2. *Suppat.* 10 Sixtin. *Conſ. Marp* 14. *n.* 65. *Vol.* 2. Vult. *Conſ. Marpurg.* 21. *Vol.* 3. *n.* 116. *& ſeq. & Conſ.* 35 *n.* 172. *& ſeq.* Meichſner *Tomo* 3. *Deciſ. Camerar.* 17. *n.* 17. *&* 18 *& Deciſ.* 20 *n.* 72 qui ex communi teſtatur quod hic ſententia pro actore lata ſit ipſo iure nulla, cum materia careat. Quod ſi hanc obiectam iudex non attendat, ac cauſſam in iudicium deduci permittat, teneri enim parti læſæ ad omnia impendia, damna & id quod intereſt refundendum docent Menoch *d.* Q. 16, *n.* 4. Pet. Barboſa *ad L. ſi alienam* 11. ipſi 12. *D Sol. matrim. n* 18. Ant. Gamma *Deciſ* 206. *n.* 8. Vult. *d. Conſ.* 21. *n* 19. Meichſner. *d. Tomo* 3. *Deciſ.* 20. *n.* 7. Qui & idem fere ſtatuunt etſi non obiecta, ſi iudici vere conſtitit tunc cum non eſt, quod imputetur reo, quod non obiecerit. Quin etſi hæc altioris indaginis, ſemper tamen ante litem conteſtatam diſcutienda, quia cum merita cauſſæ plane non concernat, non poteſt ad eadem reſervari, ut Noah. Meurer. *Proceſſ. Camer P.* 9 *f.* 180. Sic ſane olim antequam Iudicem daret Prætor. de iure agendi conſtare oportebat, deque eo ipſe cognoſcebat, facto interim præſuppoſito, vid. Vult *Diſc. ſchol. Cap.* 1. *pag* 14 Confer. Ant. Fab. *C. ſuo tit. de Except. defin.* 5 Atque hinc eſt quod etſi regulare ſit: Excipere de iure tertii non licet *L* 4. §. 7. *Si ſerv vind. & ſimil.* Sich. *ad L. ult. C. de ſerv fugit. n.* 1. *&* 2 P. Greg. 21 *Synt.* 17. *n.* 17 *n.* 15 & citati *in not ad Com. Iuſt. de Action. n* 25 *N.* 4. quia ut ex perſona actoris ius agendi, ita ex perſona rei ius excipiendi metimur, & uti illius intereſſe debet in actione, ita & huius in exceptione. Licet tamen, quoties id ius tertii probatum intentionem agentis excludit & ius eius enervat, quia non eſt vere exceptio de iure tertii, ſed negatio iuris agendi, Bover. *ſing.* 52 *n.* 8 Sich *d loc. n.* 3. ut ſi rei vindicatione conventus dicat. Res tua non eſt ſed Caii, idque probet vid. not. *cit. n.* 25. *d. N.* 4. & adi omnino A. Fab. *C. ſuo tit. de Exc. def.* 20. 28 *&* 39 Enimvero exceptionum intentionis aliæ dilatoriis affines videntur, ut exceptio quæ dicitur falſi Procuratoris libelli penitus inepti, cuius vitium inſanabile. Sub & obreptionis, plus petitionis, ante diem, vel conditionem, aliæ affines peremptoriis, ut reliquæ.

except. Paulus conditionem, quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. *L. exceptio*, *D. eod.* Ex quibus hoc quidem perſpicuum eſt exceptionem rem eſſe eiuſmodi, quæ reum defendat adverſus actionem, proſitque ei ad abſolutionem. Eximit autem reum damnatione, cum exempli gratia, pactum de re tota interpoſitum eſt, idque obiicitur: minuit damnationem; cum interpoſitum eſt de parte tantum. Iam vero non omnem defenſionem & allegationem exceptionem dici, ſed eam tantum, quæ ex æquo & bono, non ipſo iure reum liberet, ſciri poteſt ex toto titulo *de except, in Inſtitut.* in quo Iuſtinianus de omnibus ſpeciebus exceptionum a ſe propoſitis conſtanter hoc affirmat: eas tum ſolum competere, cum intentio actoris iure nititur: non eſt autem æquum reum damnari. Ex quo illa inter ſe opponuntur, liberari quem ipſo iure, & liberari per exceptionem. *L. qui ſervum*, *§. ſi is cui*, *D. de obligationibus & actio.* Ideo conſulto Paulus exceptionem dixit eximere reum damnatione; nihil amplius; hoc ſentiens eum cui exceptio detur, teneri quidem iure, ſed ita ut exceptione oppoſita, & probata abſolvi debeat. Ne ſit autem mirum hanc defenſionem appellari vel exceptionem, vel conditionem, cum certum ſit neque exceptionis neque conditionis verbo ſignificari defenſionem, quatenus defenſio eſt: ſciendum eſt, nomen natum eſſe ex conceptione formulæ iudicii, quod prætor olim reddebat litigatoribus. Cum enim non prodeſſet reo eiuſmodi defenſio, niſi iudicio incluſa, ut dicemus: nec vero includi poſſet, niſi per correctionem & exceptionem eius iudicii, quod prætor adverſus eum dabat: factum eſt, ut ea defenſio ex forma conceptionis diceretur exceptio. Fac decem mutua peti ab eo, qui ſe tueatur pacto: Prætor iudicium daret actori poſtulanti in hæc verba: Si paret reum ex mutui cauſſa dare oportere: iudex condemnato. Sed quia non eſt æquum id dari in eum qui pacto ſit liberatus: orationem præcedentem de condemnando reo ita temperaret, niſi is qui agit, pactus ſit, ne ab eo peteretur: hæc correctio, atque hoc temperamentum appellatur exceptio. Eſt enim exceptio omnis ratio, qua de generali definitione ſpecies aliqua eximitur & quaſi præciditur. Ut hic fit, cum ex hac oratione, qua dicitur eum damnari debere, cui decem mutua data ſunt, excipitur is, qui pacto eſt liberatus. Ob hanc ipſam cauſſam appellatur a Paulo conditio: quoniam omnis exceptio exprimitur ſub conditione: *ſi non, niſi, extra quam, præterquam.* Inde etiam exceptio dicitur ab Ulpiano in *d. L. 2.* excluſio, quæ interponi actioni cuiuſque rei ſoleat: quod apte dici non poteſt, niſi ita concipiantur actio, & exceptio eodem in loco, ut exceptio ſit quodammodo intra ipſam actionem: hæc eadem dicitur præſcriptio a noſtris. Præſcriptio fori, eſt exceptio fori, id eſt, ea, qua quis ad forum ſuum revocat. *L. ſi fideiuſſor. D. qui ſatiſda. cog. L. pen. C. de pac.* Præſcriptio tranſactionis, eſt exceptio tranſactionis Papiniano in *L. qui cum*, *D. de tranſ.* Eadem præſcriptio rei iudicatæ, eſt rei iudicatæ exceptio in *L. iudicatæ*, *D. de excep. rei iud.* Præſcriptio peremptoria eſt, exceptio peremptoria in *L. præſcriptionem*, *C. de excep.* Et præſcribere coheredibus Modeſtino eſt coheredes exceptione ſummovere in *L. Titia*, *§ Caius*, *D. de leg. 2.* Appellatio hinc nata, ut ego quidem exiſtimo, quod qui exceptionem intentioni addi poſtularet, olim in formula iudicii (nam ex vetere & ſolemni iudiciorum more omnes appellationes primum ortæ ſunt) præſcribebat adverſario, id eſt, dicebat, & conſtituebat, quomodo ille actionem & intentionem ſuam conciperet. Actor qui peteret decem mutua, generali intentione & quaſi definitione utebatur, eum, qui decem mutua acceperit, ea reddere debere. Reus contra diceret, recte intenderes me ea debere, niſi pactus eſſes, ne ea a me peteres. Nunc autem id pactus es. Adde igitur hanc exceptionem, Niſi pactus ſis, ne peteres: hæc contendere, præſcribere eſt adverſario, quomodo agat. Hoc autem nihil aliud, niſi exceptionem opponere, aut curare eam actioni interponendam. Unde præſcriptio pro exceptione.

V. Nunc doceamus exceptionem, ſeu præſcriptionem initio opponi, & in iudicium deduci oportere. Et de exceptione dilatoria convenit inter omnes, hanc initio eſſe opponendam. De qua ſcriptum eſt in *L. exceptionem.* Ubi dixi de hac re *C. de prob.* his verbis: *exceptionem dilatoriam opponi quidem initio: probari vero poſtquam actor monſtraverit, quod aſſeverat, oportet.* In exceptione peremptoria aliter ius ſe habere, vulgus interpretum exiſtimat. Idque probari putant. *L. peremptorias*, *C. de ſent. reſc. non poſſ.* in qua ita ſcriptum eſt; *peremptorias exceptiones omiſſas in initio, ante quam ſententia feratur, opponi poſſe* per-

perpetuum edictum manifeſte declarat. Sed omiſſas in hoc reſcripto accipere debemus eas quarum tractatio & diſceptatio omiſſa ſit initio, & in aliud tempus dilata, non quæ initio conteſtatæ non ſint. Quod ita interpretandum eſſe dicimus ex *L. præſcriptionem, C. de excep.* cuius hæc verba ſunt; *Præſcriptionem peremptoriam, quam ante conteſtari ſufficit, omiſſam prius, quam ſententia feratur, obiicere quandoque licet*. In quo reſcripto licet eadem verba animadvertere, quæ in *d. L. peremptorias*. Sed adiicitur, *quam ante conteſtari ſufficit*. Quibus verbis ſignificatur, hanc conteſtari ſaltem oportere: veruntamen ſatis eſſe conteſtari; non etiam hoc exigi, ut ſtatim probetur a reo. Eſtque hæc ſententia conſtitutionis: præſcriptionem, id eſt, exceptionem peremptoriam ante quidem conteſtandam eſſe: ſed ſemel ante conteſtatam omitti poſſe ad tempus ita, ut ſi actor probaverit, quod intendit, exceptio, quæ ante conteſtata, & in iudicium deducta erat, poſſit iam utiliter opponi, ac probata afferat reo liberationem. Quæ ſententia & aliis reſcriptis non obſcure ſcriptis confirmatur, ut *L. emptor, C. de præſ. long. temp. L. ſi quidem, C. de except.* Et ſane cur dilatoriam, de qua loquitur *L. exceptionem*, oporteat initio opponi potius, quam peremptoriam? Quia, inquies, dilatoria exceptio differt iudicium, ut iam ante iudicium probari, deque ea pronunciari ſit neceſſe: ſed animadverti debet in *L. exceptionem* non agi de exceptione dilatoria, quæ iudicium differat: cum dicant Imperatores, eam oportere probari, poſtquam actor monſtraverit, quod aſſeverat. Hoc enim facere non poteſt actor, niſi iudicio iam ante conſtituto. Supra autem iam oſtendi ſic accidere poſſe, ut opponatur dilatoria exceptio pacti, ac nihilominus iudicium conſtituatur de re principali, ſi petente aliquo decem mutua, neget reus ea data eſſe, & ſimul adiiciat, ſi data ſint, tamen actorem pactum eſſe ne ad tempus ea peteret. Sed ne conſiſtamus in his conſtitutionibus, multa ſunt in ſcriptis veterum Iuriſconſultorum pro certo iure in libris noſtris uſurpata, quæ hanc ſententiam de conteſtanda exceptione plane demonſtrant: cuius generis hæc fere ſunt. Quod hæc inter ſe opponuntur, perimi actionem ipſo iure veluti ſolutione, & perimi per exceptionem, veluti pacti conventi. *L. qui ſervum, §. ſi is, cui, D. de obli. & act. tot. tit. Inſt. de except.*

VI. Quod vulgo ab illis traditum eſt exceptiones pacti, & cæteras ineſſe, & contineri bonæ fidei iudiciis. *L. 3. D. de reſc. vendit. L. huiuſmodi, §. qui ſervum, D. de leg. 1.* Quod Paulus in *L. ſi unus, §. pactus, D. de pac.* ſcribens, prius pactum quo actum eſt, ne peteretur, per poſterius, quo actum eſt, ut peteretur elidi non ipſo iure, ſicut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem, ſed per replicationem exceptionis pacti; hanc rationem reddit, quod in ſtipulationibus ius continuatur, in pactis factum verſetur. Quod idem Paulus in *d. L. qui ſervum, §. ſi is, cui.* ſi dubium ſit an actio perempta ſit ipſo iure, an vero per exceptionem, tutius eſſe ait eam perimere per exceptionem: hæc, inquam, & ſimilia plane hoc ſignificant, exceptionem initio litis opponi, & conteſtari oportere; alioqui nec explicari commode, nec defendi etiam ullo modo poſſunt. Nam ut hæc eadem breviter exſequar ordine, ſi exceptio pacti quandoque obiici poſſit, profecto ad liberationem rei nihil intereſt, inter ſolutionem & pacti exceptionem; etenim utrumque obiectum pariet reo liberationem, ſententia iudicis. Rurſum non obiectum, pariter reo erit inutile. Nam nec ſolutio, niſi obiecta, ac probata reum liberabit. *L. 1. C. de prob.* Atqui, ut dixi, ſic iſta differunt in genere liberationis, ut inter ſe opponantur, cum ſolutio liberet nos ipſo iure. Quid eſt igitur in quo putemus iſta differre? Et cum in obiectione & liberatione nihil differant, ſi quandoque licet utramque opponere: relinquitur in tempore iſta opponendi poſitum eſſe diſcrimen, quod ei qui ſolvit, liceat initio litis omittere ſolutionem, atque ita ſolum dicere, ſe dare non oportere: ei vero, qui pacto liberatus eſt, non liceat idem dicere, ſe dare non oportere; ſed opus ſit, ut initio debitum confeſſus ſtatim opponat pacti defenſionem. Iam quid eſt illud, pacti exceptionem & ſimiles ineſſe bonæ fidei iudiciis? An hoc videtur ſignificare, pacti exceptiones ineſſe in iudicio, & reo prodeſſe ad hoc, ut abſolvatur, quamvis omnino non fuerint a reo allegatæ & probatæ iudici? Minime vero. Nam, ut modo dixi, ne ſolutio quidem ipſo iure quidquam prodeſt reo ad abſolutionem, niſi reus eam oppoſuerit, & iudici probarit ante ſententiam. Non enim profecto divinabit iudex, reum pacto, aut ſolutione eſſe liberatum, niſi ille dicet; nec ſi dixerit, audiendus eſt aliter, quam si probet, *L. in exceptionibus, D. de exc. d. L. 1.*

Digitized by Google

L. 1. *C. de prob.* Quam ergo illud dictum ſententiam habet? Nempe, hanc, ineſſe exceptiones bonæ fidei iudiciis iam ab initio litis, & iudicio accepto, quanvis aperte non fuerint tum oppoſitæ, & ita in iudicium deductæ per litis conteſtationem: non tamen ut reo proſint perpetuo celatæ, ſed ut ſi quandoque poſtea in iudicio fuerint oppoſitæ, ratio earum a iudice haberi debeat, non ſecus, quam haberetur ſolutionis, qua ipſo iure reus eſſet liberatus. Idque ita explicari videtur duobus in locis, nempe in *L. plane* & *L. ult. D. de petit. her.* Quod eveniebat olim propter formulam iudiciorum eius generis. Sic enim in his conſtituebatur iudicium, ut condemnaretur quidem reus: ſed additis his verbis. *Ex fide bona.* Quibus verbis fiebat poteſtas iudici æſtimandi, quid utrique ex litigatoribus ab altero ex æquo & bono præſtari oporteret, §. *In bonæ, Inſt de act.* Neque vero æquum eſt, eum, cui exceptio aliqua competat, ſi æqui & boni ratio habenda ſit, damnari. Quid eſt autem, quod dicitur exceptiones ineſſe iudiciis, & additur nominatim, bonæ fidei? an non hoc eſt, eas in bonæ fidei iudiciis ineſſe: in ſtrictis iudiciis non ineſſe? Quod ſi ineſſe eas bonæ fidei iudicio, hoc valet eas ſua ſponte & poteſtate iudicii in iudicium venire, quanvis aperte initio oppoſitæ, & conteſtatæ non ſint; conficitur, exceptiones in ſtrictis iudiciis non ineſſe, hoc valere; non venire eas in iudicium, ſi ſtudio prætermiſſæ ſint: ſed ita, ſi fuerint oppoſitæ nominatim in lite conteſtanda, & eo modo iam ab initio in iudicium deductæ.

VII. Ex hac ratione eſt illud, quod dicitur a Paulo, in ſtipulationibus ius contineri, in pactis factum verſari. Obſervetur Paulum in *d.* §. *pactus.* non ſentire de modo, quo iſta fiunt. Nam neque id propoſito eius convenit; & ſi hunc ſpectabimus, dici oportebit, in ſtipulationibus æque ac pactis factum verſari: non enim minus facti noſtri eſt, quod ſtipulamur, quam quod paciſcimur: & vulgo dicitur, contractus facti eſſe. *L. conſilio*, §. *ult. D. de cur. fur.* Loquitur illic Paulus de modo, quo hæc ante recte conſtituta nobis proſint in iudicio ad liberationem & iuſtam defenſionem. Erat enim quæſtio poſita ex duobus pactis contrariis cum debitore interpoſitis, quæ ſit vis poſterioris pacti, quo agitur, ut petere liceat. Et ait prius pactum non tolli per poſterius ipſo iure, ſed facto noſtro; quia in ſtipulationibus his nimirum quæ fiunt ad novandam obligationem ius contineatur, in pactis factum verſetur. Si ratio propoſitæ quæſtioni convenit: ſi ius facto recte hic opponitur, ſine dubio hoc ſentit; ut ſtipulationes nobis proſint in iudicio ad liberationem, iure fieri, non facto noſtro, id eſt, non obiectione & conteſtatione noſtra, quia eas ſtipulationes opponimus initio & conteſtamur. Ut enim ſupra diximus, ei qui iſto modo liberatus ſit, ſatis eſt in lite conteſtanda dicere, ſe ei qui agit, dare non oportere: ac quandocunque probarit, novationem factam eſſe, vincet. Iure enim ipſo verum eſt eum non debere, qui novatione liberatus eſt. Non eadem vis pacti. Id ut nobis proſit, vel adverſus obligationem, qua tenemur, vel adverſus aliud pactum, quod obſtabat, quominus petere liceret, conſequimur facto noſtro, non iure, id eſt, ita ſi id [2] nominatim opponamus initio litis. Ut in quæſtione Pauli, ſi me agente debitor meus tueatur ſe exceptione pacti, quo pactus ſum ne ab eo peterem, non efficiet poſterius pactum quo convenit, ut poſſem quemadmodum ab initio petere, non efficiet, inquam, id pactum iure ipſo, ut prioris pacti exceptio ſit inutilis: ſed ita ſi adverſus exceptionem eius pacti, utar poſterioris pacti replicatione. Factum ergo conteſtationem noſtram intelligit, quam liberationi iuris opponit.

VIII. Sed haud ſcio, an quicquam ſuperiorem ſententiam magis confirmet, quam quod idem Paulus ait, cum dubium eſt, an ei, qui tenebatur duabus actionibus eiuſdem rei nomine, puta commodati, & conditione furtiva, & altera actione conventus ſolvit, altera actio perempta ſit ipſo iure, an per exceptionem, tutius eſſe dici, eam perimi per exceptionem. Quo enim tutius per exceptionem, quam quæ ipſo iure? Hoc fere dictu abſurdum. Plane enim liberatur, & omni iure, qui liberatur ſolutione, & ſimilibus modis, ſi quidem nulla removeatur exceptione. At qui liberatur pacto, & ſimilibus cauſſis, is liberatur ſolum iure

2) Ita & Don. ad *L.* 5. *Cod. de pact. n.* 6. Cum quo conveniunt fere Coraſ 2 *Miſc* 16. *n.* 12. Pac. 1 *Enant.* *Q.* 97. Ang. Matthæac. *Lib.* 1. *de Via & rat. iuris Cap.* 6. *n.* 54 Diſcrepantes aliorum, nimiumque variantes expoſitiones congeſſi ſane & conſignatas habeo. Sed referre eas nimium foret nedum examinare. Nempe Alciati 1, *Paradox. ult.* Connan. 5. *Com.* 2. Cuiac. *ad d. L.* 27. §. 2. Zaſ. Hot & Fortun Garcia *ibid.* & Hippol. Riminald. *in einſdem Repetit. n.* 210. *& ſeqq.* Io Bapt. Caccialup. *de Pact.* *Q.* 1 Marc de Mantua *Sing.* 612 Charond. 1. *Veriſim.* 4. Vacon 1. *Declar* 20. Ræv. 2. *Var.* 1. Briſſ. *Lib.* 3. *de ſolut. pag* 432. Fachinæ. 13. *Contr.* 24. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 19. *&* 20.

re prætorio, non etiam iure civili. *L. creditori, C. de pact.* an ideo tutius, quia non ſit neceſſe, exceptionem opponere in iudicio, eas autem cauſſas, quibus liberamur ipſo iure, ſit neceſſe? Hoc vero etiam abſurdius. Si quid enim obiici convenit, exceptio eſt potius, quam id factum quod nos iure liberat: cum id factum iure ſuſtulerit actionem, ut non ſit neceſſe, eius facti defenſionem interponere ei actioni, quæ non eſt; exceptio autem non competat, niſi tunc, cum iure ſubſiſtit actio, ſed quæ obiecta exceptione excludatur. *tit. de exceptio. Inſt.* Et ideo definitur exceptio, actionis excluſio, quæ interponi actioni cuiuſque rei ſolet. *L. 2. D. de except.* Quo ergo tutius, inquam? Quocunque nos converterimus, non alia cauſſa, puto, reperietur, quam quod intelligebat, exceptionem non eſſe, niſi eam defenſionem, quæ initio in conteſtanda lite opponatur actioni inſtitutæ ad eam excludendam: aliter nec exceptio dicatur, nec reo proſit ad abſolutionem. Itaque tutius exceptione ita oppoſita perimere actionem, quia cum hoc factum erit, certum eſt reum ſemper tutum fore, ſive quis dixerit, eum liberatum eſſe ipſo iure, ſive dixerit per exceptionem tantum. Quod ſi exceptio ſit initio prætermiſſa, & forte actio, quæ inſtituta eſt, non ſit perempta ipſo iure, neceſſe erit reum condemnari: quia exceptione, quæ ſola ei competebat, non ſit uſus, uti oportebat: vel verius non ſit omnino uſus exceptione, qui de actione adverſarii, cum intendebatur, nihil exceperit. Poſtremo huc referri debet iudiciorum varietas, quæ olim fuit indicata cum ab aliis tum præcipue a Duareno ad *L. Iuriſgentium. D. de pact.* cum alia redderentur pure, alia ſub conditione, ſive ſub exceptione idque poſtulante & contendente eo, unde petebatur: de qua in iudicium includenda ſtudium fuiſſet laborare, niſi hoc ita fieri pertineret ad rei abſolutionem.

IX. Sed in ſtrictis, inquam, iudiciis exceptionem conteſtari, id eſt, initio litis opponere eſt opus. In quibus nihil amplius ſubiicitur cognitioni, & poteſtati iudicis, quam quod in iudicium aperte deductum eſt. Unde appellata ſunt ſtricta. Non idem ius eſt in iudiciis bonæ fidei. In his ut ſolutio, ſic exceptio pacti, & alia quælibet quanvis initio omiſſa quandoque ante ſententiam opponi poteſt, & oppoſita ac probata reum eximit damnatione. Idque eſt, quod dicitur a veteribus, exceptiones ineſſe bonæ fidei iudiciis. De cuius dicti ſententia, & ratione cum paulo ante dixerimus, nihil neceſſe eſt hoc loco inculcare. Quæ de exceptione dicta ſunt, eadem intelligimus dicta eſſe de replicatione, duplicatione, triplicatione. De quibus verbis eſt apud Iuſtinianum, ſub *tit. de replicationib.* & in *L. 2. D. de except.* hoc volo, ubi exceptio conteſtanda eſt, ut proſit, illic & replicationem, & cæteras defenſiones, quibus actor uſurus eſt, eſſe conteſtandas, & contra.

C A P. III.

Lite conteſtata, & judicio conſtituto quæ ſint partes judicis; & de iureiurando, quod propter calumniam exigitur. Ad tit. C. de iur. prop. cal. dando,

Continuatio, atque ordo. I.
Iudicis partes ex potiſſimo eius officio duci omnes atque æſtimari. Tres eſſe illius proprias & præcipuas, & quæ ſint. II.
Duas alias tribus illis accedere minus ad iudicandum neceſſarias, ſed litigantibus utiles; quæ illæ. III.
Quinque in univerſum partium iſtarum qualis ordo in iudicando. IV.
Principio *Sacras Scripturas obverſari ante iudicis oculos oportere; qualis pœna contemptoris iudicis.* V.
Deinde iurare debere, cum iudicem: ſe videlicet iudicaturum ſecundum leges (quæ non iurantis pœna). VI.
Tum a litigantibus exigere iuramentum, ut nihil animo calumniandi in iudicio admittant. VII.
Quæ litigatorum pœna ſi recuſent. XII.
Domini litis iurare debent, ſive per ſe agant, ſive per procuratorem. VIII.
Tutores tamen & curatores, non eorum pupilli & minores. IX.
Iure canonico clericis hoc iuſiurandum remittitur immo interdicitur. X.
Iuramentum in judicio præſtandum eſt apud iudicem: qui domi ſuæ iurent. XI.
Iurare cogi etiam advocatos utrinſque partis: quid hi iurent; quæ abnuentium pœna. XIII.
Item quæ iudicis non exigentis ab illis iuramentum. XIV.

I. HÆc ſunt, quæ in litis conteſtatione, & officio magiſtratus ad conſtitutionem & ordinationem iudicii, tum cautionem litigatorum initio ſpectanda videbantur. Ex quibus quod præcipue ad inſtitutum pertinet intelligitur, ut ante litis conteſtationem non eſt iudicium, ſic lite ſemel conteſtata, ſi etiam illa recepta ſit a magiſtratu & poſita ad diſceptandum, quocunque modo per leges & mores id fieri receptum ſit, ſtatim ſequi iudicium. Unde iudicium incipere a litis conteſtatione, & res dicitur in iudicium deduci lite conteſtata. *L. 1. Cod. de iudic. L. unic. Cod. de lit. conteſt.* Non quod ſtatim iudicet iudex; id eſt, ſententiam ferat: ſed quod ſtatim ſubiiciatur res eius cognitioni: quæ pars eſt iudicii vel maxima, ut mox dicam. Lite conteſtata, conſtitutoque iudicio reſtat, ut iudicio ſuo fungatur iudex, ſive is datus erit privatim a magiſtratu, ſive magiſtratus ipſe rem ſuæ cognitioni reſervavit. Quod quidem nullo nominatim iudice dato feciſſe intelligitur. Deinceps igitur, quæ hic iudicis partes ſint, videndum eſt.

II. Et primum vel ipſum nomen iudicis ſatis nos admonet, ſummum eſſe hoc eius officium, ut iudicet: cum a iudicando nomen sit. Hoc ſummum natura aliud ſecum trahit: nempe, ut prius iudex cauſſam cognoſcat. Non enim iudicem tantum; ſed æquum iudicem quærimus: id eſt, eum, qui recte judicet. Id autem non aliter fieri poteſt, quam si re, & cauſſa cognita iudicet. Quinimo ut nihil amplius requiramus, quam iudicium: tamen idem efficitur. Nam ne iudicare quidem quiſquam dicendus eſt, nisi qui cauſſam cognovit. Iudicium enim delectus eſt, cum re inter aliquos controverſa, & utraque parte, rem in diverſas partes diſtrahente dicimus hoc, aut illud potius nobis videri. Non cadit autem delectus, nisi in res ante perceptas, & cognitas. Quamobrem ita etiam ius eſt, ut iudicem oporteat ante cauſſam cognoſcere, ac nisi cauſſa cognita ſententiam ferat, ea nullius momenti habeatur. *L. ex ſtipulatione, C. de ſent. & interlocut.* Ex his naſcitur etiam tertium. Non enim poteſt iſta præſtare judex, nisi ab lis, quæ ſunt contraria, sibi temperet. Adverſatur autem ſuperioribus, si prius quam iudicet de re, aliquid in re innovet. Conſequens eſt, ut prius, quam judex ita iudicarit, id eſt, dum lis pendet, vetetur quidquam de re movere, aut in ea innovare: ſed quemadmodum actori ad perſecutionem iuris ſui; sic reo ad retinendum, quod ante habuit, tenuit, omnia illum integra ſervare oporteat. Quæ tria proprie & præcipue ſunt iudicis, ac cuiuſvis iudicii.

III. Sunt quædam, quæ viſum eſt Imperatoribus Romanis a iudicibus exigenda

da eſſe non tam per ſe ad iudicandum neceſſaria: quam quod videantur utilia ad iudices ipſos & litigatores in officio continendos, quo iudicium recte & religioſe peragatur. Ea duo ſunt. Unum, ut quicunque futuri ſunt iudices, curent, ut ſacroſanctas ſcripturas ante ſedem iudicialem propoſitas habeant, non in principio tantum litis: ſed ad extremum uſque donec ſententiam tulerint. Alterum, ut iam ab initio litis religione iuriſiurandi obſtringant & ſe, & litigatores, & item patronos cauſſæ: ſe quidem & patronos, ita, ut iurent ſe bona fide, & pro eo ac decet, in iudicio eſſe verſaturos: Litigatores autem ita, ut iurent nihil ſe calumnioſe inſtituere, aut in poſterum eſſe molituros.

IV. Ita ſi converſo ordine, & quo iſta maxime in iudicio agenda ſunt, eadem colligimus, quinque ſunt in ſumma, quæ ius civile iudici pro officio imponat. Primum, ut de ſacroſanctis ſcripturis curet id, quod dixi. Deinde ut præſtet ipſe iuſiurandum, & a litigatoribus & patronis exigat tale, quale poſtea pluribus exponetur. Tertium, ut pendente lite nihil novet. Quartum, ut cauſſam cognoſcat diligenter. Poſtremum, ut re cognita iudicet. Quæ ſingula qualia ſint, conſideremus.

V. Ac de adhibendis ſacris ſcripturis quod dixi, & quamobrem velit eas Iuſtinianus iudicatoris ob oculos verſari, cautum eſt in [1] *L. rem non novam*, verſ. *& generaliter*, *C. de iudic.* ut locum indicare ſit ſatis: hoc quærendum eſt, quæ ſit pœna, ſi iudex contra faciat. Nihil enim de eo conſtitutione Iuſtiniani nominatim cautum eſt. Et cum ipſe in *L. 2. C. de iur. prop. cal. dan.* dicat ſe non permittere, ut iudices aliter cauſſas dirimant, niſi ſacroſanctis evangeliis propoſitis; puto hinc intelligi poſſe, ſi aliter ſe geſſerint iudices, quam ius permittat, iudicium [2] nullius fore momenti: ut accidit in omnibus, quæ lege prohibente fiunt, *L. non dubium*, *C. de legib.*

VI. De iureiurando, quod ſecundo loco initio litis exigi debere diximus, eiuſdem Iuſtiniani conſtitutiones ſunt; quarum ſententiam breviter exponam. Et quod ad iudicem attinet, iubet eum lite conteſtata ante omnes iurare, quod eius officio convenit; omnia ſe videlicet [3] ex vero, & legibus eſſe conſtituturum. *d.*

1) *Nov. 90. C. ult. in fin.* Ut ſubinde ad eas reſpicientes memoria extremi iudicii ab iniuſto deterreantur. Quam conſuetudinem cum hodie deſierit, in uſum revocari debere ſcribit Sich. *ad L. 2. pr. Cod de iur. prop cal. n. 1.* Eadem tamen de cauſſa hodie ſæpius in prætoriis, vel pro tribunali typus extremi iudicii viſitur. Non enim hominum, ſed Dei exercetur iudicium *Deut. 1. v. 17. 2. Paral. 19. v. 6. Sapientia C. 6.* Pſ. 82. quem ſemper præſentem & acutum inſpectorem habent, vid. *Cap quatuor 78. & ſeqq. Cap. 11. Q. 3. d. Nov. 90. Cap. ult. in fi.* Confer. *Cohortat. ad iudices ex* Harmenop præfixa a Menochio *Tr. de Arb. iud QQ.* Damhuder. *Praxi civ C. 9.* Et de officio magiſtratus iudicantis *Nov. 17. & Nov. 24. Cap. 2.* pulchre Ioan Saresberienſis *Policrati Lib 5 C. 11. 12. 15. & 16.* Huc ſpectant verſus vulgati, non illepidi:

> *Cogitate Iudices qui vel quales eſtis,*
> *Quod in hoc iudicio dicere poteſtis.*
> *Quo nec erit Codice locus aut Digeſtis.*

Idem erit dominus, Iudex, Actor, Teſtis. Prudent. *Cathemerinon. Hymno 2.*

> *Speculator adſtat deſuper,*
> *Qui nos diebus omnibus*
> *Actuſque noſtros proſpicit,*
> *Hic teſtis, hic eſt arbiter,*
> *Hic intuetur quicquid eſt,*
> *Humana quod mens concipit,*
> *Hunc nemo fallit Iudicem*, &c.

2) Ita & *Gl. ad d. L. 14.* referente Sichardo *ibid. n. 4.* ſed reprobante *n. 5.* Et recte non tam quia ſolemnitates leviores omiſſæ actum non vitiant, ut Sichard. *d. loc.* & Weſenbec. *ad T. C. de Ord. Iud n. 5.* quam quia durum omiſſionem hanc, & culpam Iudicis nocere litigantibus, illoſque, lite cæteroquin rite tranſacta, novæ litis neceſſitate implicari. Quin ſi iuriſiurandi omiſſio non vitiat, cuius exigendi fortior ratio, minus, &c. Quin quod in *fi. pr. d. L. 14.* habetur, æque ad omiſſionem huius ſolemnitatis referri poteſt.

3) Salvian. *Epiſt. 4. pag. 330. Iudices iurant, nihil ſe niſi ex veritatis officio pronunciaturos.* Et ita olim in ſingulas cauſſas Iudices ſacramenti religione obſtringebantur & in leges iurabant. Quod lege Agraria Saturninum caviſſe ſcribit Ant. Auguſtin. *Lib. de LL. Cap 15.* Et ita quoque Plato definivit *Dial. 12. de LL.* Cicer. 3 *Offic. pag 523. Cum iurato dicenda ſit ſententia, memineris, Deum ſe adhibere teſtem*, & pro *Cluentio p. m 357. de quo iurati ſententiam ferre debebant*, & 1. *act. in Verrem*, ubi Aſcon. Prætore conceptis verbis præeunte, Pollet. 5. *Hiſt. fori 7. n. 7.* qui ipſe tamen non iurabat, Cic. *d. Act. p. m* 80. *Nunc eo animo ſum, ut eo Iudice, quam Prætore, hanc rem tranſigi malim: & iurato ſuam quam iniurato aliorum tabellas committere*, Pollet. *d. loc.* Ræv. 5. *Var.* 8. Qui hoc iuſiurandum ad aram præſtari ſolitum probat ex Symmach *Lib. 10. Epiſt.* 54. & Ambroſio, eamque aram fuiſſe Puteal. Libonis, aut in locum eius everſi reſtitutam, add. Frehet. *in Sulpitio ſ. de æquitate p.* 14. Ritterſhuſ *Com in Salvian. pag.* 388. Simanca 1. *de Rep.* 16. *ac ſeq.* Hodie ſane magiſtratus & iudices omnes iureiurando ſolemni obſtringunt, in ingreſſu dignitatis vel officii vid *Nov. 8. C. 7.* & ibidem *in fi. tit. 3. Nov. 15. C. 1. §. 1. Nov. 29 C. 3. Nov. 102. in Præfat.* Nec tamen neceſſitatem iuriſiurandi in ſingulis cauſſis præſtandi remiſſam ſatis firmiter inde colligi videtur. Tametſi id non repeti generalis apud nos moris eſſe conſtet, quem & in Gallia ſervari teſtis eſt P. Fab. *ad tit. de O. I. p.* 82 Ac inde firmat Sich. *ad L. 2. pr. C. de iur. prop. cal. n. 2.* quod unicum iuramentum initio officii præſtitum, in ſingulis cauſſis repetitum videtur, argum. *hoc ſacramentum Cod. de iuriur. propter calum.* add. Weſenbec. *ad tit. Cod. de Ord. Iudic. n. 5.* Ioan. Bapt. Aſin *de Exſecut. §. 8. Cap 41.* Sic olim apud Romanos Conſulatus, aliorumque magiſtratuum, candidati, dum eos inibant, Sacramento ſe adſtringebant, vid. Bodin. 3. *de Republ. 4. n.* 291. quod nec Auguſtus Dio *Lib. 53. initio*, nec Traianus Plinius *in Paneg.* Conſulatum ineundo, præbere recuſarunt, Petr. Fab. *ad d. titul. de Orig. Iur. pag.* 77. Bodin. 1. *de Republ. 8. n. 9* Formulam Sacramenti Senatorii refert Hippol. a Collib. *in Principe Cap.* 4. & Philipp. Camerar 1. *Oper. Succiſ.* 32. Athenis quoque in ordinem Iudicum iudicii Heliaſtici nullus recipiebatur, niſi præſtito iureiurando ſe ſecundum LL. iudicaturum, ſub imprecatione

L. rem non novam, in pr. & verſ. *& hoc*, *Cod. de iud.* Iubet autem hac lege, ut ſi prætereatur hoc iusiurandum, nihil amplius pœnæ nomine denunciet, quam fore id contemptoribus periculoſum, *d.* verſ. *& hoc*. Unde intelligimus hoc iureiurando prætermiſſo nocere quidem hæc iudici, qui contemſit iurare: cæterum iudicium conſiſtere nihilominus, ut ſententia victori proſit, victo noceat, qui in eo nihil contra legem fecerunt. Videtur autem mihi haċtenus iudici id nocere debere, ut cum eo agi poſſit, tanquam qui 4 male iudicarit hoc ipſo, quod non ſecundum leges iudicium exercuerit.

VII. De litigatoribus cavit in 5 *L.* 2. *Cod. de iure. prop. cal. dan.* item *Novel.* 50. §. *penultim.* In quibus conſtitutionibus hæc capita rerum ab eo conſtitutarum obſervanda ſunt. Non ſolum iubet

diri exitii. Demoſth. *Orat. adverſus Timocratem*, de quo Ioach. Stephan. *Lib.* 2. *de Iuriſd. Iuda. Græc. & Roman. Cap.* 5. *n.* 3. *& Cap.* 10. *n.* 30. fuſe Petr. Fab. *ad d. tit. pag.* 79. *& ſeqq.* ubi quotannis id iuſiurandum fuiſſe repetitum oſteudit. Quod hodieque in Senatu Pedemontano ſervari refert Teſſaur. *in Præfatione Deciſ. n.* 24. Et contra hanc iurandi neceſſitatem, nec ſtatutum, nec conſuetudo contraria valida, ceu delinquendi occaſionem præbens, Mynſing. 2. *Obſervat.* 76. Moller. *ad Novell. Elect. Sax.* 32. *P.* 1. *n.* 15. Setſer. *Lib.* 3. *de Iuram Cap.* 3. *n.* 3. Iudicem tamen eum, qui ex arbitrio cognoſcit, iurare non cogi ſcribit Menoch. 1. *Arb.* *Q.* 58. vid. Covar. 2. *Var. Reſol.* 13. *n.* 3.

4) Potius arbitrarie a ſuperiore puniri dicendum ut poſt Alber. Weſenb. *ad tit. Cod. de Ord. Iudic. n.* 5.

5) *Nov.* 124. *Nov. Leonis* 97. *&* 107. §. 1. *Inſtit. de pœn. tem. litig. tit. extr. de Iuram. cal.* Hoc definit Obrech. *de Iuram. cal. Cap.* 1. *n.* 19. quod ſit religioſa litigatorum aſſeveratio, qua adſtruunt, ſe non calumniandi animo, ſed iuris ſui opinione & fiducia fretos agere vel alteri reſiſtere. Alias definitiones refert & examinat Anton. Del Re *h. Tr. Iuram. cal. Cap.* 1. Hoc iure divino introductum eſſe, ſentit Menoch. 1. *Arb. Quæſt.* 20. *per Exod.* 22. v. 8. qui tamen verſiculus de iuramento veritatis & purgationis, non opinionis, quale hoc eſt, ioquitur Obrecht. *h. Tr. Cap.* 3. *n.* 3. Ergo rectius qui Iuris civilis id eſſe agnoſcunt, eiuſque originem ab Athenienſium Republica a quibus pleraque Romani ſumſerunt, repetunt. Illis enim προωμοσία & διωμοσία dicebatur iuſiurandum quo actor obſtringebatur: ἀντωμοσία, quo reus. Etſi hæc quandoque confundantur & de utriſque promiſcue uſurpentur, vid. Weſenbec. *in Par. Cod. hoc tit. n.* 5. Obrec. *h. Tr. Cap.* 3. *numero* 7. *& ſeqq.* Ioach. Stephan. *Lib.* 2. *de Iuriſd. Iuda. Græc. &c. Cap.* 10. *n.* 1016. Ubi eo tamen differre vult noſtrum hoc iuramentum quod id de credulitate præſtetur, illud vero de veritate, ſeu ex animi ſententia, dira imprecatione addita. Turneb. 28. *Adverſ.* 20. *in fin.* iuſiurandum hoc ſumptum eſſe vult ex gladiatorum conſuetudine, a quibus ἀμφιορκία & διωμοσία dicebatur, quod uterque iurare cogeretur. Plane olim ex parte actoris cautio decimaria præſtanda, qua actor initio litis, ni vicerit, decimam litis præſtitum iri cavebat, idque repromiſſione *L. indicio Cod.* Hermogen. *de Calumniat.* non ſatiſdatione. Unde eo actio ex ſtipulatu, quæ vetus calumniæ actio vocatur §. 1. verſ. *hæc autem Inſtit. de pœn. tem. litig.* Cuiac. 7. *Obſervat.* 5. Obrecht. *h. Tr. Cap.* 1. Nec tamen inde probatur quod Gœd. *ad L.* 7. *de Verb. Signif. n* 6. ſcribit, olim tantum reos iureiurando hoc vindicatos fuiſſe, non actores. Nam & Athenienſes utrumque ſervarunt, & iurari litigatores decimam fere partem litis deponebant, quam depoſitionem dicere παρακαταβολὴν & πρυτανεῖα, Cuiacius 27. *Obſervat.* 21. confirmans ex verſu Ariſtophanis *in Nubib. Actu quarto, Scen.* 1.

Πᾶς γὰρ τὰς ἡμέρας ὅσ' ὀφείλων τυγχάνω
Ὅπη μοι πρυτανεῖ. . . . .

Omnes quibus ego debeo depoſita in iudicio pecunia iurant. Et generalis quoque huius iuriſiurandi mentio iure Digeſt. in *L.* 44. §. 4. *Fam. erc.* Cuiac. *in Novel.* 49. *Parte* 1. *numero* 184 Quam miror quod pro ſe adducat Gœd. *dict. loc. n.* 7. quaſi ibi habeatur iudiciis duplicibus non iurare teneri de calumnia, cum directo contrarium afferatur, quod nempe in illis uterque tam rei quam actoris ſacramentum ſubeat, Azo *in Summa Cod. hoc tit. numero* 3. Licet illic verba: *& ideo iurare, &c.* Triboniano adſcribant Cuiac. *in not.* ibidem & Giſao. *ad L.* 37. *de Oblig. & Actionib. numero* 12. Quin & vetus illa decimæ litis ſponſio reſtituta a Iuſtiniano *Novell.* 112. *Cap.* 2. vid. not. ſupr. *Lib.* 23. *Cap.* 9. *N.* 23. hoc addito, ut ſatiſdationem habeat cautio, Cuiacius *d. Cap.* 5. Gœd *d. loco numero* 8. Non obſtat, quod Iuſtinianus in *d.* §. 1. *de pœn. tem. litig.* iuſiurandum hoc ſe introduxiſſe profiteatur. Nam id inde quia plenius explicavit, eique authoritatem impertiit, Obrecht. *d. C.* 3. *num.* 12. Finis huius ut calumnioſa litigantium iniquitas & audacia, metu & religionis iniecto, compeſcatur, *L.* 1. *in fin. Cod. h. tit.* Unde ſupine loqui videtur Wult. *ad tit. Inſt. de pœn. tem. litig.* dum hoc iuſiurandum pœnis temere litigantium accenſet *n.* 6. *& ſeq.* Præſtatione enim huius non punitur temeritas commiſſa, ſed ne committatur ita facile occurritur. Nec temere litigant ſolum hoc iuramentum præbet, ſed &, qui iuſtiſſima forte cauſſa, ſed de qua, nondum cognita, non liquet, utitur, ne temere litiget. Dicitur equidem coerceri temeritas religione iuriſiurandi *princip. Inſtit. hoc tit.* Sed coercitio ibi non animadverſionem fraudis admiſſæ denotat, ut in *L.* 9. *Cod de furt. L.* 19 *C. de pœn. & ſimil.* verum cohibitionem & repreſſionem, quæ propria vis vocis. Quomodo coerceri dicitur aqua *L. un* §. 9. de fonte. Cicero *in Topic. pag. m.* 398. Et ita paſſim Cicero coercere hoſtes, id eſt impetum reprimere, coercere cupiditates, orationem rapidam, &c. Idem *Lib. primo de Finibus initio fere*, difficilem temperantiam poſtulant in eo, quod ſemel admiſſum, *coerceri* non poteſt. Ubi pœnam non ſignificari patet. Nec dubito ſimili ſenſu ſæpius in libris noſtris reperiri, ſed exempla conquirere non vacat. Satis eſt, quod in *dict. princ.* aliter non accipi evidens ſit, tum ex re ipſa tum ex adiunctis: *infamia metu*. Temeritas enim admiſſa & de qua conſtat, non metu, ſed irrogatione infamiæ coercetur. Quia vero in hoc exigendo boni publici rationem habitam Imperator teſtatur, *L.* 7. §. 4 *C. h. tit.* inde inferunt, non tantum partium conventione remitti non poſſe, de quo vide *h. C. N.* 15. Sed nec ſtatuto vel conſuetudine; Et probatur *C. cæterum* 5. *extra h. tit. C. conſtitutus* 3. *de fideiuſſ.* Matheſilan. *Singul.* 65. Anton. del Re *h. Tr. C.* 13. Menoch. 1. *Arb. Quæſt.* 20. *n.* 4. Iob. Petr. Surd. *Deciſ.* 18. *n.* 8. Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 25. *n.* 7. *&* 1. *Ill. Contr.* 31. *n.* 44. ne, inquit, facultas ſtatuendi convertatur in ipſorum municipum læſionem, dum hoc remoto omnia litibus ſcaterent, Caroc. *de Iuram. lit. Deciſ. Quæſt.* 13. *principali n.* 7. Obrecht. *h. Tr. C.* 11. *n.* 20. *& ſeq.* Gail. 1. *Obſ.* 85. *n* 3. *&* 4. Atqui id in omnibus curiis Galliæ exoleviſſe teſtatur Rebuff. *ad Conſt. R. Franciæ in proœm. Gl.* 5. *n.* 50. (licet lege lata in Comitiis Aurelienſibus in uſum revocatum ſit, Forner. 2. *Select.* 4. *in fin.*) ut & in Flandriæ provinciali ne magno Mechlinienſi Concilio, Damhud. *Praxi. Civ. C.* 151. *n.* 30. Et generale iuſiurandum calumniæ (aliud in ſpeciali, ut ex dictis *N.* 2. *ad Commentar. in Tit. D. de iureiur. Cap.* 13.) in terris quæ iure Saxonico reguntur, eſſe in uſu deſiit. *gl.* Lehenrecht. *art.* 68. *ſub fin.* Fach. *Diff. iur. civ. & Sax* 47. *inter Diff.* Zobel. 24. *P.* 1. *n.* 7. Rauchb. *P.* 1. *Quæſt.* 10. *n.* 3. Abel. Strasburg. *Conſ.* 3. *n.* 40. Coler. *Deciſ.* 117. *n* 10. *& ſeqq.* ubi *n.* 15. ita uſu ſervari, ut in nullis penitus cauſſis præſtetur. Sed Beuſt. *ad rubr. D. de iureiur. n.* 182. *&* Speckh. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 20. *n.* 4. quandoque id præſtari teſtantur in foro Saxonico in Conſiſtoriis Publicis, maxime in cauſſis matrimonialibus. Quanquam vero hunc morem Saxones reprobent, Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 12. & Fach. *d. loc.* ac Coler *d. Deciſ.* 117. *n.* 11. omni ratione carere aſſerat; Melius tamen alii iuſte talem conſuetudinem tolerari, qua periuria multa evitantur, cum & iam olim teſtatus fuerit Bald. *in L. ſi poſt.* 24. *C. de evict. n.* 1. expedire, ut ex uſu iudiciorum tolleretur, ad tot periuria evitanda, cum vix treſſis fere æſtimari ſoleat. Weſ. *in Par. C. h. tit. n.* 5. Gail. *d. Obſ.* 85. *n.* 5. Obrecht. *d. C.* 11 *n* 22. Ant. del Re *C.* 1. *n.* 36. Maran. *P.* 6. *tit. de Iuram. n.* 11. Arumæ. *Lib.* 2. *Deciſ.*

Digitized by Google

bet eos iurare & una iuriſiurandi formam præſcribit: ſed etiam addit, quos velit iurare, quando, quo loco, quibus præſentibus, quoties: iuriſiurandi recuſati quæ ſit pœna, omiſſi item quæ. De quibus hæc eſt conſtitutionis ſumma. Exigit, ut ex litigatoribus actor quidem iuret ſe non calumniæ cauſſa litem intentare: reus vero ſe non dolo malo, nec contendendi cauſſa actori contradicere, [6] *d. L.* 2. pr. *Novella*, 50. *§. penult.* in princ. Pariter autem ambo ut iurent, nihil ſe omnino in iudicio differendæ litis cauſſa eſſe facturos. Quod propter rationes, & literas, quæ poſtulantur edi ab adverſario, cautum [7] eſt, *d. Novella*, *§. penultim.* quo nomine olim tunc iuſiurandum exigebatur, cum probationes iſtæ requirebantur, non [8] initio ex *L.* 1. *Cod. de iureiur. prop. cal. dan.* ut appareat iuſiurandum de calumnia ſæpius olim exigi ſolitum: nunc ſemel.

VIII.

2. *Deciſ.* 11. *n.* 5. Ventura de Valentiis *Parthenii litigioſi*, *Lib.* 1. *C.* 15. *n.* 34 *&* *Lib.* 2 *C.* 6. *n.* 19. Ideoque & ſtatuta huiuſmodi valere recte Vitebergæ iudicatum ea Socero Mich. Teub. *annotat.* refert Rauchb. *P.* 1. *Quæſt.* 10. *n.* 6. Nec diſſentit Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 131. Quin & olim ſapientiſſimus Plato *Dialog.* 12. *de Legib.* iuſiurandum nec a litigatoribus exigendum, nec etiam, ſi iurare parati, ſuſcipiendum eſſe gravi ratione cenſuit.

6) Vulgo formam huius iuriſiurandi ad quinque hæc capita revocant. (1) Quod cauſſam ſuam iuſtam putet vel credat. Neque enim hic præciſe & liquido iuratur, ſed ex conſcientia, licet vero cauſſæ natura alia forſan ſit, ut *L.* 2. *§.* 2. *C. h. t.* Unde vulgo non eſſe hoc iuramentum veritatis, ſed credulitatis, vel non ſcientiæ ſed opinionis. Obrech. *h. Tr. C.* 10. *n.* 23. *& ſeqq.* vid. Ant. del Re *h. Tr. C.* 8. Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 60. Iac. Schult. *Obſ. for.* 56. *n.* 50. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 18. *n.* 2. Aut de veritate quidem conſcientiæ ac intentionis, de credulitate autem facti vel obligationis, poſt Bald. Toming. *Deciſ.* 45. *n.* 17. Obiic. Atque dicitur *ex animi ſui ſcientia* iurare *d. L.* 2. *§.* 2. reſp. Cuiac. 1. *Obſ.* 21. pro eo legit: *ex animi ſententia*, quod idem eſt ac ex ſincera fide & conſcientia, quia & hæc vetus iurandi formula. Verum notatur ab Hot. 2. *Amicab.* 1. tum quia formulæ ſolemnes per Conſtantinum ſublatæ, tum quod ſcientia illic certæ cauſſæ notitiam ſignificet, per præcedentia & ſequentia. Mihi videtur ſuo ſe mucrone petere Cuiacius dum huc accommodat illa verba ſolemnia. *Si ſciens, fallo, &c.* Nam ſi eo reſpicias, ea animi ſcientia iurat, quicunque ſciens non fallit, cuique, ſi forte res aliter ſe habeat, ipſi non aliud compertum eſt. Sane recepta lectio adſtruitur ſatis verbis prioribus, *ſcire poſſumus*. Et ipſa contextus ſeries, ac vis verborum ſequentium, *Et licet*, hanc ſententiam arguunt. Tutores iureiurando hoc vinciendos, quia non pupillis, ſed ipſis comperta eſſe poteſt cauſſæ iuſtitia, & ita hoc caſu ex certa ſcientia iurare liquido poſſunt. Sed etſi non uſquequaque comperta ſit, modo cauſſa anceps, nec evidens eius iniuſtitia, iurandum ipſis eſſe de opinione, quod iuſtam cauſſam ſtatuant, &c. (2) Caput. Quod interrogatus verum diffiteri nolit, aut ſaltem, quod verum ſtatuet, reſponſurus. (3) Nihil corrumpendi fruſtrandive iudicii cauſſa iudici, aliive dediſſe, caviſſe, daturum, cauturum. *Nov.* 124. *C.* 1. quod & olim obtinuit Plin. 5. *Epiſt. ult.* Etſi enim id diverſum ab hoc iuramento ſtatuat. Obrech. *h. t. C.* 10. *n.* 37. Verius tamen clauſula, ſeu pars huius iuriſiurandi ſtatuitur, ut & Ioan. Sareſberienſ. *Policratici Lib.* 5. *C.* 13 (4.) Falſa probatione ſcientem non uſurum. (5) Litem temerarie petitis dilationibus non protracturum *L.* 1. *pr. C. h. t.* Quæ his rythmicis verſibus incluſa:

Illud iuretur quod lis ſibi iuſta videtur,
Et ſi quæretur, verum non inficietur,
Nil promittetur, nec falſa probatio:
Ut lis tardetur dilatio nulla petetur.

Beuſt. *ad Rub. D. h. t. n.* 174. vid. Iac. Sch. *Obſ. forenſis* 56. *n.* 40. Et aliis a Iuſto Vulteio Hermanni parente relatis a filio. 2. *Iuriſp.* 31. *n.* 159.

Iuro meam litem mihi fultam iure videri;
Nec celaturum ſi quo rogatus ero:
Nec promiſſurum, neque cauſſa falſa levanda
Dicere, nec litem ducere velle meam.

Ex quibus tertium iſtud caput, pro illo Veteris iuriſiurandi formulæ, de ſuperflua probatione ab adverſario non exigenda, *auth. in iſte C. h. t. Nov.* 49. *C. ult.* ſubſtitutum. Contra hoc iurando plerumque omitti, teſtatur Rauch. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 27. *& ſeqq.* Vis huius præſtiti ut calumniæ ſuſpicionem elidat. Unde qui condictione furtiva rem ceu a deceſſore ſubtractam petierat ab heredibus, nec obtinuerit, per hoc excuſatum ab animo iniuriandi, ne lite illa finita iniuriarum conveniri poſſit ſtatuit, licet ſubauditus, Mod. Piſt. *P.* 1. *Q.* 35. Non vero ab evidenti calumnia excuſat, minus expenſarum condemnatione per ſe ſolum liberat, Covar. *Pract. QQ. C.* 27. *n.* 1. Obrecht. *C.* 12. *n.* 13. *& ſeqq.* Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 56. *n.* 44. *& ſeq.* & DD. communiter. Etſi enim Alex. contrariam receptionem vocet, ei tamen & in hoc alii obloquuntur, Sèraphin. de Seraph. *Privileg. iuram.* 13. *n.* 3. Alias certe, quandoquidem regulariter hoc præſtandum, expenſarum condemnationi regulariter non eſſet locus, contra iuris regulam. Quin nec ſi calumnia ceſſat, quæ ex eo ſolo quod quis ſuccubuit arguitur *L.* 3. *Cod. de calumn.* idem & temeritas litigandi, quæ latius patet, vid. Bart. *ad L.* 13. *§. ſin autem* 8. *Cod. de iudic. n.* 1. *&* 2. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 5. *n.* 42. Anton. del Re *h. Tractat. Cap.* 22.

7) Hinc in quibus cauſſis nulla probandi neceſſitas, nec huius iuriſiurandi prohibendi, ut cum reus confitetur vel ſuper notorio facti permanentis agitur, Sichard. *ad L.* 1. *Cod. hoc titu. n.* 3. *&* 4. Vaſq. 2. *Controverſ. uſu freq.* 25. *n.* 21. idem ſtatuens ubi quæſtio iuris vertitur, non probationes facti, ſed allegationes LL. exigens. Sed recte Sichar. *ad d. L.* 1. *n.* 5. in proferendis & ad propoſitum adaptandis LL. earum contorſione & mutila ſæpe citatione non minorem fraudem & calumniam committi. De cauſſis in quibus hoc iuſiurandum neceſſarium vel non, vid. Obrecht. *hoc Tractat. Cap.* 8. Anton. del Re *hoc Tractat. C.* 19. *& ſequent.* Scaccia 2. *de Iudic.* 1. n. 139. *& ſeqq. & n.* 213. *& ſeqq.* Setſet. 3. *de Iuram.* 4. Cuiac. *in Nov.* 49. *ſub fin.* Damhoud. *Prax. civ. Cap.* 151. *n.* 11. *& ſeqq.*

8) Id eſt, in lite conteſtanda, vel mox poſt litem conteſtatam. *L.* 14. *§.* 1. *Codic. de iudic.* quia quæ in continenti poſt fiunt, ineſſe videntur, Sichard. *ad L.* 2. *pr. Cod. hoc tit. n.* 7. Tiraquel. *de Retract. convent. §.* 1. *gloſſ.* 5. *n.* 2. Unde hoc initium 2. partis iudicii ſtatuitur, Sigiſmund. Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 1. Et ita generali hoc præſtito, ſpeciale deinde, ſuper aliquo capite litis, a parte exigi nequit. Quod ſi non initio præſtetur, hoc ipſo in ordinem iudicantium peccari iure civili mihi plane videtur, cum *d. L.* 2. *princ. & §. ult.* ita diſtricte hoc exigat, neque aliter progreſſum litis permittat. Unde vix ambigo quin diſpoſitio *C.* 1. *pr. extr. h. t. in* 6. quod ſi in exordio non iuretur, poſtmodum in qualibet litis parte iurari queat, cum præſtatio ab initio de ſubſtantia ordinis iudiciaris non exiſtat, abſona ſit a conſtitutione Iuſtiniani *d. L.* 2. ut & a iuris civilis ratione. Quod cum evidens appareat, inſpecto uſu & fine iuriſiurandi huius exigendi, miror id vulgo non notari, ſed pleroſque ſecure docere, quandocunque ante concluſionem cauſſæ exigi vel præſtari poſſe, nulla diverſitatis inter ius civile & Pontificium mentione. Equidem hanc differentiam notavit Obrecht. *Tr. C.* 2. *n.* 6. quod cum iure civili ſpeciali iuramento calumniæ locus ſit, non tantum in ſingulis litis partibus, ſed & in aliis cauſſis extra iudicium, iure Canon. *d. C.* 1. tantum in qualibet litis parte. Et idem *C.* 9. n. 12. utroque iure hoc iuſiurandum initio litis præſtari ac *d. C.* 1. *pr.* verbis in qualibet, &c. de ſpeciali iureiurando accipit. Quod vix probandum videtur. Plane & ante litem conteſtatam deferri poteſt, ſi appareat reum quærere diverticula, aut exceptionem dilatoriam frivole obiicere. Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 1. Etſi tunc præſtitum

iterum

VIII. Iubet autem [9] ipſos dominos litis iurare, ſive per ſe agant, ſive per procuratores. Ut ſi quidem per procuratores agatur, & domini in iudicio ipſo procuratorem dent, ipſi ſtatim iurent: ſin procurator veniat nullo certo mandato prolato, admittatur quidem ipſe iis conditionibus, quas ius præſcribit: ſed omnia quieſcant prius, quam dominus litis intra tempus, quod a iudice ſtatuetur, iusiurandum præſtiterit, [10] *d. L.* 2. §. *ſin autem abfuerit*, & §. *hoc etiam*, *C. eod.*

IX. Sane ſi res agatur per tutores, aut curatores, vel adeo his auctoribus, iubet Iuſtinianus, non pupillos, aut adultos eoſve, quorum res per legitimos adminiſtratores curantur, iurare; ſed eos, qui [11] legitimam adminiſtrationem ſuſtinent; ut iurent, quod credunt & exiſtimant, recte & iure a ſe fieri. Nam ii, quorum res eſt, quid agatur, ſcire non poſſunt, *d. L.* 2. §. 1. Iubentur iſti omnes hoc iuſiurandum præſtare, & lite conteſtata ſtatim in ipſo exordio litis, & ante quam patroni iusiurandum præſtent, *d. L.* 2. in prin. & §. *ult.*

X. Sane iure Pontificio clericis aliiſque eccleſiaſticis perſonis hoc iuſiurandum remiſſum, imo & interdictum eſt: tantum licet eis per procuratorem vel ſyndicum iurare. *C.* 3. 4. pen. & ultim. *extr. de iuram. calumn.* quod a iure civili etiam non abhorret. [12] *L. clericis*, *Cod. de epiſc. & cler.*

XI.

iterum præſtari debere lite conteſtata, atque ſic *L.* 1. *C. h. t.* per *auth. ſeq.* corrigi tantum quoad iuramentum poſt litem conteſtatam præſtitum doceat idem Sich. *ad d. auth. n.* 2. Enimvero in omnibus cauſſis, ante vel poſt iudicium acceptum iudex a partibus recte exigit iuramentum malitiæ, quoties viderit expedire *C.* 2. §. *ult. h. t. in* 6. ex officio ſcilicet, non ad partis inſtantiam, nova ſuſpicione calumniæ ſuborta, etiam poſt concluſionem cauſſæ, vid. Gail. 1. *Obſ.* 84. *n.* 6 Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 25. *n.* 8. Menoch. *Lib.* 1. *Præſumpt.* Q. 85. Io. Bapt. Aſin. *de Execut.* §. 3. *C.* 57. *n.* 5. Quod iuramentum malitiæ aliqui a iuramento calumniæ diſtinguunt, Martin. 4. differentias tradens *anaſc. ad Azon. Summ. C. h. t.* Anton. del Re *C.* 1. *n.* 31. *& ſeq.* Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 62. Obrech. *C.* 2. *n.* 6. Damhuder. *Prax. riv. C.* 251. *n.* 8. *& n.* 31. Cunrad. Heresbach. *Epitome Iuriſpr. Chriſtiana Edict. III. Præcepti pag.* 77. cum *iuxta alios* tantum alia appellatio ſit ac iuramentum calumniæ ſpeciale, P. Greg. 48. *Synt.* 6. *n.* 2. Cuiac. *ad C. pen. extra h. tit.* Iac. Schult. *Obſ. forenſ.* 55. *n.* 4. *& Obſ. ſeq.*

9) Prius autem iurare debent actor, poſtea reus per *L.* 2. *ſub fin pr. &* §. 6. *ac* 7 *C. d. h. tit.* Beuſt. *ad Rub. D. de iurei. n.* 184. Obrecht. *h. Tr. C.* 5. *n.* 5 Nec taman hic ordo ſubſtantialis ſolemnitatis eſt, ut eius inverſio & præpoſteratio actum vitiet, Sich. ad *d. L.* 2. *pr. n.* 7. Scaccia 2. *de Iud* 1. *n.* 268. *& ſeq* Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. Q. 25. (quam integram quaſi tranſcripſit, more ſuo illaudatiſſimus Ierem. Setſer. *Lib.* 3. *de Iuram. C.* 5. *n.* 19.

10) Et hoc iure civili certiſſimum eſt in iuramento generali ad iudicii ordinem pertinente; Etſi cauſſa agatur per Procuratorem. Quod & Frid. II. Imper. agnovit, ut patet ex Petri de Vinea *Lib.* 5. *Epiſt.* 50. Principales enim quarum res agitur, magis cauſſæ veritatem ſcire, magiſque ex conſcientia iurare poſſunt, Obrecht. *C.* 6. *n.* 12. *&* 20. Etſi ſpeciale & extraiudiciale iuſiurandum calumniæ quod ad rem privatam pertinet, Procurator præbere poſſit *L.* 13. §. 13. *de dam. infect.* Obrecht. *d. C.* 6. *n.* 22. Iure autem Canonico Procurator ſpeciale mandatum habens admittitur *C. ult. h. t. in* 6. Et ita quotidie Procuratores huiuſmodi iuramenta in Senatu Spirenſi in animas & ſuas & Domini præſtant, *Ord. Camer. P.* 1. *Tit.* 65. *&* 74. Gail. 1. *Obſ.* 83. *n.* 1. add. Beuſt. *ad Rub. de iurei. n.* 194. Harpr. *ad pr. Inſtit. de iis per quos agere n.* 27. Et illam diſpoſitionem Iuris civilis abuſu non ſervari, ſcribit P. Greg. 48. *ſynt.* 6. *n.* 4. Licet Vaſq. 2. *Contr. uſu freq* 25. *n.* 6. iuris civilis correctionem per *d. C. ult.* non agnoſcat. Non placet ratio Obrechti *d. C.* 6. *n.* 25. quia Procuratores fere melius calumniari norunt. Hæc enim ratio exigendi quidem iuriſiurandi a Procuratore, ſed non ab eo ſolo: Mandatum autem ſpeciale ita requirit, Covar. *ad C. quamvis* 2, *de pact. in* 6. *p.* 1. §. 5 *n* 10. ut & neceſſe ſit cauſſam exprimi ſuper qua iurandum, quomodo & Vaſq. *d. C.* 25. *n.* 17. *&* 19 requiri non tantum ſpeciale, ſed & ſingulare. Quod tamen in Camera ſtricte non ſervatur, Gail. *d. Obſ.* 83. *n.* 3. (Quid in coniuncto, vid. Del Ra *d. Tr. C.* 15. *n* 267. *& ſeqq.* Scaccia 3. *de Iudic.* 1. *n.* 260. *& ſeqq.*) Generale autem mandatum utique non ſufficit, nec ſi clauſula *cum libera* inſerta, Vaſq. *d. L.* Tametſi Bover. *Singul.* 40. *n.* 52. Procuratorem generalem tunc admitti, cum domini præſentia facile haberi nequit. Eſt tamen adhuc in arbitrio iudicis exigere hoc iuriſiurandum ab ipſo principali, per *C.* 3. verbis: *qui cauſſam omnino non neſciant h. t.* Obrech. *d. C.* 6 *n.* 6. Quin etſi Procurator in rem ſuam, cum eius cauſſa ſit & commodum, ipſa ita iuret, ſive utili ſuo, ſive directa mandantis nomine agat. Azo *contra Placentin. Summ Cod. h t. n.* 6. ſi tamen obiiciat reus, quod mandanti melius comperta veritas, illum iurare teneri idem Azo ſtatuit. Plane & a Procuratore exigitur iuſiurandum, quod præſtet nomine ſuo & in animam ſuam, atque in illo non requiritur mandatum ſpeciale, Hartm. Hart. *Tit.* 10. *Obſ.* 2. *n.* 8. Nam etſi principalis ipſe litem conteſtatus, & ſic iuravit, Procurator poſtea ab illo conſtitutus iurare debet, Sich. *ad Auth. principales C. h. t. n.* 3 Et ſubſtitutus quoque Procuratori, etſi ſubſtituens ante id præſtiterit, Obrecht. *h. Tr. C.* 10 *n.* 44. ubi *n.* 43. *ex Ord. Cam. P.* 2. *C.* 65 Procuratores tam in ſuam quam in principalis animam iurare. Quod & generaliter uſu receptum eſſe, in palatio Romano teſtatur Octav. Veſtr. *Pract. Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 17. Plura de hoc iuramento Procuratorum pete ex Ant. del Ra *h. Tr. C.* 16. Scaccia 2. *de Iudic.* 2. *n.* 108. *& ſeqq. & n* 578. *& ſeqq.* Heredes quoque lite ad eos tranſlata iuramentum hoc præbent, *Auth. principales pr. C. h t.* Etſi enim factorum defuncti probabilis ignorantia, tamen & ipſi de cauſſa iam ipſorum effecta inquirere poſſunt, & tantum de opinione iurant. Obrecht. *C.* 5. *n.* 8. *&* 9. vid. tamen Ant. del Re *h. Tr.* Q. 15. *n.* 126. *& ſeqq. &* 2. 28. *n.* 27. *& ſeqq.*

11) Ut ſunt Syndici, actores, curatores bonis dati, prælati Eccleſiarum, œconomi, orphanotrophi, Sich. *ad L.* 2. §. 2. *C. h. n.* 2. *&* 2, Item patres de adventitiis filiorumfamilias agentes. Sed an una tunc cum patre iuret filiusfamilias vid. Sich. *d loc. n* 5. Et ratio differentiæ inter Procuratorem & tutores. Illi eorum lites ſuſcipiunt qui per ſe idonei. Hi eorum qui ipſi iurare nequeunt. Alia autem cauſſa iuriſiurandi in litem, *L.* 4. *pr. de in lit. iur.* Quia illud eſt affectionis, ibique ſemper metuitur ne plus æquo iuretur. Obrecht. *C.* 6. *n.* 15. *& ſeqq.* Procuratori fiſci in Camera hoc iuſiurandum remittitur, Mynſ. 2. *Obſ.* 74. Gail. 1. *Obſ.* 99 *n.* 4. Beuſt. *ad Rub. de iureiur. n.* 186. Obrecht. *d. C.* 6. *n.* 32. *&* 2. *ſeqq.* Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 14. *n.* 10. qui ſic poſt accuratam diſceptationem iudicatum teſtatur, & ita in Senatu Mantuano ac Montisferratenſi. Ioan. Petr. Surd. *Deciſ.* 18. *n.* 11. vid. Anton. del Re *C.* 28. *n.* 54. *& ſeqq* Ratio, quia initio officii iuramento ſuo obſtrictus eſt, Schult. *Obſ. forenſi* 55. *n.* 25. Remittitur & iura communi parentibus ac patronis, de quo *in Commentar. ad Tit. Digeſtor. de iureiurand. Cap.* 13. *n.* 2.

12) Cuiac. *in Novel.* 49. *in fin. & in C.* 1. *extra h. t.* ubi ſcribit quod de Clericis Conſtantinopol. *d. L.* 25. diſpoſuit, ab Henrico II. Imperatore primum, deinde ab Honorio Papa *d. C.* 1. ad omnes extenſum eſſe. Turpe enim hos in falſitatis vel calumniæ ſuſpicionem vocare, qui ob Religionis & pietatis profeſſionem ab utroque abeſſe putantur, Obrecht. *C.* 5. *n.* 14. Apparet tamen, ex

d. C.

XI. Iubentur iurare in iudicio apud iudicem: niſi vel ſit mulier, vel egregia perſona, vel is, qui valetudine impediatur. Quod genus perſonarum ius non cogit in ius venire. Itaque ſi cum his nobis res ſit, iubetur ipſis poſtulantibus in domo earum iuſiurandum exigi, altera parte, vel eius procuratore præſente. 13 *d. L.* 2. in princ. verſ. *ſin autem*. Vide *L. ad perſonas, D. de iureiur.*

XII. Si litigatores exacto iureiurando recuſent iurare, hæc eſt pœna; actor cadit ab inſtituta actione: reus pro confeſſo habetur. 14 *d. L.* 2. *§. quod ſi actor.* Quid ſi iuſiurandum a iudice exactum non erit? Et Iuſtinianus in *d. L.* 2. *§. ſed quia.* vetat hoc iuſiurandum remitti invicem a litigatoribus, & iudicium iubet omnimodo id exigere; adiiciens ſe legem de hoc genere non pro commodo privatorum, ſed pro utilitate communi poſuiſſe. Unde apparet ſi iuſiurandum exactum non erit, contra legem fieri, & ordinem in iudiciis inſtitutum. Contra hunc prolatam ſententiam 15 nullius momenti eſſe conſtat. *L. 4. Cod. de ſent. & interloc.* Pontifices ea re vitiari iudicium noluerunt, *C. 1. de iuram. cal. lib. 6.*

XIII. Poſt hos iubet advocatos utriuſque partis iuſiurandum præſtare, *d. L.* 2. in princ. Exigit in *L. rem non novam, §. patroni, Cod. de iud.* ut iurent tactis ſacroſanctis evangeliis & ſimul quid iurent, ibidem præſcribit, quod cum diſertis verbis fiat, inde petere licebit. Summa autem hæc eſt: cauſſam ſe ſuſcipere quam iudicio ſuo non improbant; ei ſe omni ſtudio, & bona fide adfuturos: ſi quid malicioſe & improbe fingi in ea poſtea

d. C. 5. *& Cap. ult. h. t.* ſi ipſi per ſe litigent, iurare eos cogi. Quod & tandem invaluiſſe ſcribit Obrecht. *d. C.* 5. *n.* 16. add. Azo *in Summ. C. h. t. n.* 7. fuſe Anton. del Re *h. Tr. C.* 15. *n.* 308 *& ſeqq.* Alii diſtinguunt, ut etſi non de calumnia, tamen de veritate dicenda iurent, Alb. Galeot. *Margarita aurea C.* 15. *n.* 10. Reges quoque & principes ob eorum dignitatem, qua ſuſpicio calumniæ excludatur, excipi volunt, Mynſ. 1. *Obſ.* 74. *in fin.* Obrech. C. 8. *n.* 13. Del Re C. 18. *n.* 3. Intellige ut eorum Procuratores in animas dominorum non iurent. Nam de ipſis, cum in iudicio verſari non ſoleant, nulla quæſtio. Male qui rationem iſtam in perſona Procuratorum ceſſare putant. Nam immo iuſiurandum quod in animam domini præſtatur, ex ſuſpicione calumniæ ipſius domini exigitur, indeque periurus ſit, ſi peieratur, non Procurator qui iuravit, ſed is cuius nomine, Sichar. *ad Auth. principales C. h. t. n.* 3. Plura de perſonis, quæ ſic iurare tenentur, Anton. del Re *h. Tr. C.* 15.

13) *Auth. principales* §. 1. 2. 3. 4. *C. h. t.* Obrecht. C. 9. *n.* 13. *& ſeqq.* vid. Anton. del Re *C.* 17. *&* confer *Commentar. in Tit. Digeſtor. Cap.* 14. *n.* 5. *&* 6.

14) Stiatic. *Obſ. Pract. Cap.* 10. *n.* 92. poſt alios citatos iac. Schult. *Obſ. forenſi* 55. *n.* 46. Sig. Scaccia 2. *de Iudic.* 1. *n.* 93. *& ſeqq.* Anton. del Re *Cap.* 14. *& Cap.* 21. quos vide. Ut tamen præcedat ſententia declaratoria per *d.* §. 6. (verbo *cadat* futuri temporis) Gail. 1. 86. *n.* 1. Obrecht. *Cap.* 12. *n.* 18. Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 25. *n.* 25. Schult. *d. loc. n.* 47. Et uſque ad ſententiam moram purgari poſſe, docent Gail. *d. loc. n.* 2. *& ſeqq.* Obrech. *d. C.* 12. *n.* 19. vid. Scaccia *d. C.* 1. *n.* 101. *& ſeqq.* Quid ſi Procurator iurare ſic noluit an & quatenus id domino noceat, vid. Gail. 1. *Obſ.* 89. Obrech. C. 12. *n.* 23.

15) Unde pervulgata eſt noſtrorum doctrina iuſiurandum hoc expreſſa ſane partium conventione remitti non poſſe, cum ratione publicæ utilitatis id exigatur, taleque pactum turpitudinem in ſe contineat, tacite vero poſſe, ſi nempe non exigatur, nec inde iudicii ordinem vitiari per *d. Cap.* 1. *Obſ.* 85. *n.* 2. Vaſq. 2. *Controv. uſu freq.* 25. *n.* 22. Sich. *ad Rubr. Cod. h. tit. n.* 10. *& ad L.* 2. *pr. n.* 9. Menoch. 1. *Arb. Quæſt.* 20. *n.* 5. Scaccia 2. *de Iud.* 1. *n.* 49. *& ſeqq.* (qui inde negat eſſe hoc iuramentum de ſubſtantia iudicii ſimpliciter & per ſe, ſed ſolum ſi exactum fuerit) Lanc. Conrad. *de Off. prat. in cauſſ. civil.* v. *Iuram. cal. n.* 1. Gravat. *ad pract. Veſtrii Lib.* 5. *Cap.* 2. *lit. F.* Cagnol. *in L.* 23. *de R. I. n.* 81. Virgil. Pingitz. *Q.* 35. *n.* 4. Wult. *ad pr. I. de act. n.* 67. Wendelin. Hailman. *de Teſtib. C.* 4. *p.* 55. Ant. del Re poſt plures citatos de *Iuram. cal. C.* 12. *n.* 8. *& ſeqq.* Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 55. *n.* 6. iunct. *n.* 29. Etſi vero plerique tacitam eam remiſſionem iure civili quoque ratam eſſe doceant per *L.* 34. §. 4. *D. de iureiur.* arg. a contrario ex verbis: *ſi hoc exigatur L.* 5. §. 14. *de op. no. nunc.* Contra tamen cum Donello veriſſime ſentiunt Stiatic. *Obſ. pract. C.* 10. *n.* 95. *& ſeqq.* Obrech. *h. Tr.* C. 11. *n.* 7. *& ſeqq.* & And. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 2. tum quia eadem ratio inhibendæ tacitæ remiſſionis, cum ad ordinem iudicii pertineat, qui non eſt in arbitrio litigatorum, Forner. 2. *Select.* 4. tum quia Imperator *d. L.* 2. §. 4. diſtricte cavit, ne diſſimulatione, quo tacita conventio hæc innuitur, ſanctio ſua deludatur. Adhæc *d. L.* 2. *pr.* habetur non aliter, nec actorem, nec reum ſubire certamina debere, &c. niſi hoc iuſiurandum ſubeant; Unde ſatis patet non exſpectari debere petitionem partis adverſæ, ſed utrumque id ultro ſubire debere, Stiatic. *d. loc. n.* 103. Non obeſt *d. L.* 34. §. 4. *d. L.* 5. §. 14. Illic enim exempla Iuriſiurandi calumniæ ſpecialis, quod cum ad privatam cauſſam exigatur, non publicæ utilitatis intuitu, facilius remitti poteſt. Forner. 2. *Select.* 4. Obrecht. *d. loc.* vid. notata ad *Commentar. in Tit. Digeſtor. Cap.* 23. *N.* 3 Quare iudicis officii erit, ut parte non petente ipſe proprio motu exigat, P. Gregor. 48. *Synt.* 6. *n.* 10 Io. Bapt. Aſin. *de Exſecut.* §. 3. *C.* 17. *n.* 1. *&* 2. Vaſq. 2. *ill. Contr.* 64. *n.* 20. Speckan. *Cent.* 2. *Dl.* 4. *Q.* 27. Quod & ipſi licere ſi conventione iurata remiſſum ſit, Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 25. *n.* 5. qui ipſam tamen conventionem ob iuramentum valere putat, licet alias nec decennii lapſu illam firmari afferat *d. C.* 64. *n.* 19. Enimvero in hoc utrique iuri Civili & Canonico convenire inter noſtros convenit, quod poſteaquam ſemel petitum, ſi non præſtitum, proceſſus nullus reddatur, quia exinde hoc iuſiurandum ſubſtantiale iudicii effectum, vid. Caroc. *de Iuram. lit. deciſ. Quæſt.* 13. *principali n.* 6. Ant. del Re *hoc Tract. Cap.* 14. *& Cap.* 21. Scaccia 2. *de Iudic. n.* 86 *& ſeqq* Gravat. *ad Pract. Veſtrii Lib.* 5. *Cap.* 2. *lit. E.* poſt alios Rauch. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 4. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 19. *n.* 2. Nec poſſe id iudicem remittere etiam in cauſſis ſummariis, Menoch. *Arb. Q.* 20. *n.* 2. *&* 4 *Adip. poſſeſſ. n.* 553. Unde advocatum inſtruunt ut poſtquam ſemel petiit, ne ulterius petendo inſiſtat. Ita enim ſi ſententia adverſa feretur poterit proceſſum arguere, Matheſilan. *Sing.* 64. Menoch. 1. *Arb. Q.* 20. *n.* 6. Lanc. Conrad *d.* v. *Iuram. cal. n.* 6. Sed hæc cautela vafra ac malitioſa ad ſuum auctorem diabolum remittenda, Obrecht *h. Tr. C.* 11. *n.* 28. Speckhan. *d. loc. n* 3. Quid ſi actor iam perfecte ſuam intentionem implevit? Tunc iurare eum non teneri, nec ex recuſatione pro confeſſo haberi ſtatuunt, Gabr. Sareyna *Annot. ad Matheſil. Sing.* 65. *n.* 1. *&* 2. Gravat. *ad d. C.* 2. *lit. F.* Caroc. *d. Quæſt.* 13. *n.* 21. Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 55. *n.* 32. Contra Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 25. *n.* 9. *&* 10. quia etſi tunc iuriſiurandi de re principali delationi non locus *C.* 2. *de probat.* eo quod in nullo eius præſtatio relevaret, alia tamen huius ratio, cum præſumptio calumniæ, recuſatione hac orta aliam præſumptionem quæ ex probatione elidere poſſit. Sane ſi ex Iuris civilis ratione rem metimur, inanis hæc contentio. Neque enim hoc præſtari debet niſi ante litem conteſtatam, ut *h. C. N.* 8. Ergo nec poſt probationes perfectas quæ poſt iudicium acceptum inſtituuntur.

ſtea deprehenderint, protinus ſe eius patrocinium omiſſuros. Quibus cauſſam ſuſceptam deſerentibus, idem conſtituit non licere domino litis ad alterius advocati patrocinium confugere. Si exacto iureiurando patroni iurare nolent, videlicet ad actionem cauſſæ non admittentur.

XIV. Si forte iudex ab his non exegerit iusiurandum [16], ea conſtitutione non cavetur, quæ ſit pœna, neque ex ea ſatis colligi poteſt: dici tamen poteſt non improbabiliter, quod prius dixerat periculoſum fore contemptoribus: ſi iudex ipſe non iuraverit, id & ad iuſiurandum patroni, de quo continenter ſequitur, recte transferri: ut periculoſum ſit & hic quoque iudici id non exegiſſe: veruntamen iudicium nihilominus conſiſtat; quia ex fide patronorum iudicium non pendeat. Periculum autem idem intelligimus, quod ſupra, ut videatur ſcilicet in eo litem ſuam feciſſe iudex, qui male iudicium exercuerit.

CAP.

16) Add. *ſupra Lib.* 18. *C.* 3. *N.* 45. Atque hoc iuramentum peculiare eſſe & diſtinctum a iuramento calumniæ oſtendit Obrecht. *de iuram. Cal. C.* 6. *n.* 38 *& ſeq.* Quem præter citatos *ſupra d. loc.* de hoc adi, & Anton. del Re *de iuram. calumn. C.* 15. *n.* 240. *& ſeqq.* (ubi conſuetudine hoc non præſtari notat, quod & moner Beuſt. *ad Rub. D. de iureiur. n.* 186.) Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 22. Ventur. de Valentiis *Parthenii litigioſi Lib.* 2. *C.* 7. *n.* 15. *& ſeqq.* Iacob. Schult. *Obſ. forenſi* 55. *n.* 22. ubi advocatos ſingularum cauſſarum hodie non iurare, Curiarum vero provincialium in hiſce terris initio officii iureiurando unico obſtringi notat. Apud veteres iuſiurandum nullum dediſſe advocatos ex illo Cicer. *pro Cacinna* id iurati teſtes dicunt, quod ego iniuratus inſimulo, arguit Ian. Langlæ. 1. *Semeſtr.* 2. *in fin.*

C A P. IV.

Lite pendente nihil innovandum, inde prohibitam ſequeſtrationem pecuniæ. & ad L. un. C. de proh. ſequeſt. pecun.

Continuatio; *& ad* L. unic. C. de pro. Sequeſtr. pecun. *explicationem ingreſſio*. I.
Tria in d. L. unica *deciſione contineri*
1. *ſequeſtrationis prohibitionem*. II.
Prohibitionis ratio diſerte explicatur. III.
2. *Prohibitionem talem ut afficiat actionem quamcumque in perſonam*. IV.
3. *In ſequeſtrationem venire res mobiles tribus in cauſſis: quæ iſtæ*. V. VI.
Item fructus rei immobilis tribus & ſolis de cauſſis; *& quæ illæ*. VII.
Item poſſeſſionem ex iure canonico. VIII.
Sequeſtratio ad iudiciorum ordinem pertinet. IX.

I. Fide, & religione iudicii iureiurando confirmata, ante omnia hoc cavendum eſt iudici, & deinceps in reliquo iudicio ſervandum, ne quid ante ſententiam in re, de qua lis eſt, [1] innovet. Nam ſi adverſus eum, qui ſemel biſve condemnatus ſit, ſi appellaverit, conſtitutum eſt, ne quid pendente appellatione innovetur. *L. unic. D. nihil innov. appell. pend.* quanto magis idem adverſus eum, in quem nihil dum pronunciatum erit? Ex hoc iure eſt, quod vel ſola ſequeſtratio pecuniæ petitæ prohibetur. *L. unica, C. de probib. ſequeſt. pecun.* quæ tamen cum videatur interdum adverſus reum iuſte poſtulari, res poſtulat, ut de eo hoc loco paulo plura dicantur, expliceturque a nobis *d. L. unica*. Sequeſter eſt is, apud quem duo pluresve eandem rem, de qua inter eos controverſia eſt, depoſuerunt ea lege, ut ei redderetur, qui viciſſet. *L. ſequeſter, D. de verb. ſignif. L. proprie, D. depoſ.* Sed & is ſequeſter eſt, apud quem rem controverſam iudex ſolus depoſuit, quomodo ſequeſter hic accipitur. Hinc ſequeſtrare, pro apud ſequeſtrem deponere, & ſequeſtratio eiuſmodi depoſitio eſt. Sequeſtri officium deſcribitur in *L. ei apud quem, §. 1. D. depoſ.* Pecuniæ verbum idem hic ſignificat, quod fere in aliis partibus iuris, ideſt, non numeratam pecuniam tantum, ſed rem omnem quæ petitur, ideſt, omnia corpora, ut eſt in *L. pecuniæ, D. de verb. ſig.* Id ita eſſe, ratio conſtitutionis huius *tit. C.* indicat. De prohibita autem ſequeſtratione dicitur, non ut intelligamus agi de ſequeſtratione ea, quæ prohibita ſit: nam interdum prohibetur, interdum non, ut infra apparebit.

II. Ergo cum iudicio agitur, & pecunia ſeu res quævis petitur, quæri ſolet, quia forte debitoris aut rei perſona videatur ſuſpecta, an cogendus ſit rem petitam ſequeſtrare, & an iudex poſtulante actore iubere debeat, eam ſequeſtro committi, ut deinde victori reddatur, ſive is actor erit, ſive reus, atque hoc modo victori conſulatur? Hic de hac re ita cavetur: *quotiens ex contracta pecunia poſtulatur, ut ſequeſtrationis neceſſitas conquieſcat*. Qua definitione comprehenſa ſunt tria hæc, prohibitio ſequeſtrationis, cauſſæ, in quibus ſequeſtratio prohibeatur, & res, quæ prohibeantur ſequeſtrari.

III. Primum iubetur conquieſcere neceſſitas ſequeſtrationis, id eſt, vetatur iudex imponere debitori, ſeu reo neceſſitatem rei petitæ ſequeſtrandæ, ſive poſſeſſione amiſſa rem petitam apud ſequeſtrem deponere. Unde intelligimus, inter [2] volen-

1) Etſi Princeps iuſſerit, vid. *Novell.* 113. *Cap.* 1. ac etſi Fiſcus egerit, *L.* 7. *Codic. de iure fiſci*. Fuſe de attentatis lite pendente Lancell. *de Attentat. Parte* 2. *C.* 4.

2) Vulgata ſequeſtrationis diviſio in conventionalem, ſeu voluntariam, & iudicialem, ſeu neceſſariam, quam Iacob. de Arena *de Sequeſtr. n.* 1. *&* 2. contentioſam vocat, Gœd. & ab eo citati *de Sequeſtr. C.* 1. *n.* 79. Scaccia 1. *de Iudic.* 38. *n.* 2. Licet alii mixtam addant, alii caſualem, ut Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 72. *n.* 5. Alii in propriam & impropriam diſpeſcant, quos Gœd. *d. loc.* refellit. In uberiori materia hac, ut diffuſior ſim, multa vetant. Adeundos præſcribo, cui libitum eſt, quos ipſe adii. Fr. Curt. Sichard, & Donell. *ad L. un. Cod. hoc tit.* Iacob. de Arena *de Sequeſtr.* Sigiſmund. Scaccia 1. *de Iudic.* 38. Coraſ. 3. *Miſcell.* 2. Robert. 1. *Sententiar.* 5. Leonin. 7. *Emend.* 1 Perrenon. 1. *Animadver.* 15. Bronch. 1. *Miſcell. Aſſ.* 63. *& ſeq.* Menoch. *Arb. Caſ.* 457. *& Retin. poſſ. Remed.* 3. *n.* 88. *& ſeq.* Afin. *de Exſecut.* §. 3. *Cap.* 122. *& ſeqq. & Cap.* 132. Tiraquel. *de Retr. convent.* §. 5. *Gloſſ.* 7. Veſtr. *Lib.* 7. *Pract. aula Rom. Cap.* 2. Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 72. Stiatic. *Obſ. Cap.* 11. Gail. 1. *Obſ.* 147. *& ſeq.* Mynſ. 1. *Obſ.* 11. *&* 5. *Obſ.* 35 Coler. *Proceſſ. Part.* 1. *Cap.* 2. *numer. & ſeq. & Part.* 3. *Cap.* 8. *n.* 31. *& ſeqq. & d. Part.* 3 *Cap.* 11. Cumpiiſmis vero ut alios plures taceam, *Repetit.* Gœd. *in hunc tit. Decretalium*. Cautelam, Studioſi diſceſſuri, ne res eius, ab-

tes ſequeſtrationem non prohiberi, tantum prohiberi, si altero invito poſtuletur. Ratio prohibitionis ſubiecta eſt, quia debitorem oportet primo convinci, & ſic deinde ad ſolutionem pulſari, id eſt, urgeri. Addita eſt ratio rationis, quæ conſideranda eſt, quia hoc & iuris ratio & æquitas perſuadeat. Iuris rationem intelligunt Imperatores formam iuris, & ordinem iudicii iure conſtitutum in rebus perſequendis. Eſt autem hic ordo, qui in primis nobis notandus eſt; Eum, qui aliquid petit, oportere probare id, quod intendit, si negetur, & probare legitimis modis: atque ita negantem reum convinci, convictum condemnari, condemnatum deinde remediis iuris ad ſolutionem urgeri, nempe pignoribus captis, & diſtractis, unde iudicatis ſatisfiat. Hic ordo præſcribitur in *L. negantes, C. de obl. & act.* & *L. 1. C. de exec. rei iudic.* Hic ordo iure conſtitutus declarat, non eſſe movendam poſſeſſionem rei ſuo loco, nec quicquam, quod ſit rei attingendum eſſe, priuſquam ille convictus & condemnatus fuerit. Ex quo efficitur, rem eius, quanvis petitam, ſequeſtrandam non eſſe, ſed in ſuo loco manere debere rei poſſeſſionem, & hoc ius ita conſtitutum eſt. Sed quanvis auctoritate conſtituentium hoc ius non niteretur, tamen per ſe æquiſſimum eſt, ut quanvis conſtitutum non eſſet, tamen conſtitui debuerit: idque eſt, quod de æquitate ſubiicitur. Eſt autem æquum duabus de cauſſis. Primum quia affirmatio actoris, qui intendit pecuniam ſibi deberi, nihil in re mutat, si falſa eſt. *L. aſſumptio, D. ad municipal.* ac fieri poteſt, ut falſa ſit: certe nunc, an vera ſit, non conſtat, nec prius conſtabit, quam probaverit: proinde æquum eſt, propter eam affirmationem nihil in iure debitoris mutari, nihil in cauſſa innovari, unde & illud conſtitutum eſt, etiam appellatione interpoſita tamen nihil novari oportere adverſus debitorem: multo minus nondum reo condemnato & appellatione non interpoſita. *tit. nihil innov. app. interpoſ. D.* Deinde cum actor intendit ſibi deberi, & reus negat ſe debere, ac neuter probat, quod dicit, hactenus apparet utriuſque parem eſſe cauſſam. In pari cauſſa potior debet eſſe cauſſa poſſeſſoris, vel verius par debet eſſe effectus cauſſæ apud utramque partem, ut qui prius non poſſidebat, etiam nunc non poſſideat, qualis eſt actor: qui autem prius poſſidebat, etiam nunc poſſideat, qualis eſt reus. *L. in pari, D. de reg. iur.* Et hoc eſt, quod dicitur, ubi paria ſunt utriuſque litigatoris iura, meliorem eſſe conditionem poſſidentis, quia in ſuo loco maneat poſſeſſio, *§. retinendæ, Inſt. de interd.*

IV. Hæc ratio poſita oſtendit quibus in cauſſis ſequeſtratio prohibeatur. Conſtitutione expreſſum eſt, prohiberi, quoties ex contractu agitur. Itaque videri poſſunt his verbis excludi quaſi contractus, maleficia, & quaſi maleficia. Sed generaliter definiendum eſt, ſive pecunia petatur ex contractu, ſive ex quaſi contractu, ut negotio geſto, ſive ex maleficio, ſive ex quaſi maleficio, nunquam debitorem, cum quo agitur, cogendum eſſe, pecuniam, quæ petitur, ſequeſtrare, nunquam iudicem eam pecuniam ablatam ſequeſtri committere. Et generaliter in omnibus actionibus in perſonam, ex quibus petitur, quod nobis debetur, non res noſtra, quæ nobis ablata eſt, ut in condictione furtiva: in iis, inquam, omnibus ceſſare ſequeſtrationem. Id evidenter primum efficitur ex ſubiecta conſtitutionis ratione: nam ideo iubetur conquieſcere ſequeſtratio, quia prius oportet debitorem convinci, ſic deinde per prehenſionem rerum eius eum ad ſolutionem urgeri. Hæc ratio ad omnes debitores pertinet, ut loci, quos ſupra citavimus, oſtendunt, & præterea illa æquitas, quam declaravimus. Proinde in omnibus idem ius de ſequeſtratione ſtatuendum. *L. illud. D. ad L. Aquil.* Movere nos non debet, quod in conſtitutione dicitur, quoties *ex contractu* agitur. Nam potius ex hoc verbo colligi oportet, idem ius in omnibus actionibus in perſonam, in quibus agitur de eo, quod debetur, idem ſtatui debere. Nam ſic eſt uſus iuris, quoties lege aliquid conſtituitur de eo, quod contractum eſt, toties omnis obligatio, quæ ex aliis cauſ-

ſis

ſente illo, ſequeſtrentur, petat is ex Blarero *in L. Diffamari, Cap 2. n 23 pag.* 74 Cæſ. Contard *ibid. Cap* 3. *n.* 4 Cagnol. *in eand* C *n.* 14 & Speckhan *Cent.* 2. *Claſſ* 1 *Q.* 14. *n* 3 Affinis ſequeſtrationi Arreſtatio, quæ dicitur rerum debitoris, ac paſſim cum ea confunditur, diverſa tamen, ut oſtendit Gœd *in Rub. extra hoc tit. n.* 20 *& ſeq* Manus iniectionem Latine dici poſſe, notat Budæ *in L. ult de Senat* referente Gail *de Arreſt. Cap* 1. *n.* 2. cum & in homines & in res manus inici legamus. Arreſta autem in utraſque recepta. De quibus adi Gail *d. de Arreſt* Petr. Peck. *Tr. de Iure ſiſtendi & manuum iniect* Meland. *Comm. Cameral. P.* 2. *ſ.* 316. *& ſeqq.* Petr. Frider. 1. *de Proceſſ. extrah.* 38. *& ſeqq.* Et ad uſum fori noſtri *Nov Elect. Saxon.* 29. *& ſeqq. Part.* 1. ubi Moller. *&* 3 *Semeſtr.* 44. *ac* 4. *Semeſtr.* 11. *& ſequent.* Simon. Piſtor. *Conſil.* 7. *Vol* 2. Modeſt. Piſtor *Q.* 110. 114. 136. 162. *&* 165. *Diff. iur. civil. & Saxon.* 43. *P* 1. Coler. *Deciſ.* 209. Virgil. Pingz *Quaeſt.* 58. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 3. *&* 4. Iacob Schult. *Quaeſt. pract.* 41. Andr. Scheffer. *P.* 1. *Q.* 3. *&c.*

ſis naſcitur, pro contractu habenda eſt, ubi manifeſta ratio eas cauſſas non diſtinguat. Exempli gratia, ius ita eſt, unumquemque conveniri poſſe in eo loco, ubi contractum eſt. *L. heres*, §. 1. & ult. *D. de iudic. L.* 3. *D. de reb. auct. iud. poſſid.* Iuris auctores in iis verbis contractum interpretantes ita definiverunt, omnem obligationem ex qua quid debetur, pro contractu accipiendam eſſe. *L. omnem*, *D. de iudic.* Eadem ratio oſtendit, quid hoc loco *pecuniæ* verbo intelligi oporteat, nempe non pecuniam numeratam tantum, ſed rem omnem quæ debeatur; quia in omnium rerum debitoribus ſemper verum ſit, quod ſubiicitur, debitorem oportere primo loco convinci, ſic deinde ad ſolutionem urgeri. Definitione generali poſita in actionibus in perſonam, ſive in omnibus iudiciis, in quibus petitur id quod debetur, apparet ſequeſtrationem imponendam non eſſe debitori, ſive perſona debitoris ſuſpecta ſit, ſive non ſit; nec quiquam referre, pecunia ſit, quæ petitur, an alia res; & in cæteris rebus utrum ſit res mobilis, quæ auferri poſſit, an immobilis.

V. Sed hoc ius in actionibus in perſonam, uti hic conſtitutum eſt, ita & locum habet; non item in actionibus in rem, & iis, quibus rem noſtram petimus, aut tanquam noſtram vindicamus. In iis ut plurimum ſequeſtratio prohibetur: interdum tamen admittitur. Admittitur autem interdum in his iudiciis rei petitæ ſequeſtratio, interdum fructuum. Res petita, ſi immobilis eſt, nunquam ſequeſtratur: quia non eſt periculum, ne debitor eam auferat: ſin res petita mobilis eſt, interdum eius rei ſequeſtratio admittitur; id quod receptum eſt tribus in cauſſis.

VI. Primum, cum ſervus, qui ante pro ſervo poſſidebatur, ex poſſeſſione ſervitutis in libertatem proclamat, & dominus eum in ſervitutem revocat, & idem petit ſibi reſtitui peculium omne, quod apud ſervum erat. Nam hic placuit, dum de cauſſa liberali cognoſcitur, peculium omne ſervi deponi, ideſt, ſequeſtro committi. *L.* 1. §. *ſuper*, *C. de aſſert. toll.* Quod ius habet hanc rationem: nam cum ſervus ex poſſeſſione ſervitutis in libertatem proclamat, etſi dominus eum petat in ſervitutem, tamen idem & petitor & poſſeſſor eſt: quia prius erat in poſſeſſione ſervitutis, ideo non debet ſervus frui commodo poſſeſſoris, cum ipſe ſervus non ſit: ſed rurſus, quia iniquum eſt, peculium reſtitui domino, priuſquam vicerit, ſe dominum eſſe, ob id res eo deducitur, ut apud neutrum eſſe debeat poſſeſſio peculii, quam ob cauſſam deponi oportet. Altera cauſſa eſt, ſi cum vero poſſeſſore rei agatur, ſed eius perſona ſuſpecta ſit, & ideo periculum ſit, ne cum re aufugiat: quo caſu deſideratur ab eo, ut ſatiſdet rei petitæ nomine. Si non ſatiſdat, placet rem controverſam deponi, ut & actori conſulatur. *L.* 3 *ſi fideiuſſor*, §. *ult. D. qui ſatiſd. cog. L. ſenatuſconſulto*, in fin. *D. de offic. præſ.* Suſpecta autem perſona hic intelligitur, quæ in eo territorio, in quo agitur, immobilia non poſſidet: non ſuſpecta, quæ poſſidet. *arg. in L. ſciendum*, *D. qui ſatiſd. cog.* Tertia cauſa eſt, cum debitore iam condemnato ad exſecutionem rei iudicatæ ventum eſt. Nam ſi hic debitor ab exſecutione appellet, ut interdum poteſt, & recipiatur eius appellatio; placet non aliter eam recipi, quam ſi res mobilis, de qua agebatur, apud ſequeſtrum depoſita ſit, ne ſcilicet malitioſe debitor hac appellatione abutatur, ad rem retinendam. *L. ab exſecutione*, *C. quor. appell. non recip.*

VII. Fructuum quoque rei immobilis ſequeſtratio recepta eſt itidem tribus de cauſſis. Prima: ſi fructus rei populentur, ideſt deperdantur, & diſſipentur a poſſeſſore. *L. imperatores*, §. *ultim. D. de appell.* Illic quidem agitur de poſſeſſore, qui poſt appellationem fructus depopuletur, ſicut & in *C.* 3. *extr. de ſequeſt. poſſeſſ. & fruct.* Sed idem probandum eſt, etſi,[4] ante appellationem idem faciat: quoniam nihil magis appellatione pendente innovari oportet, quam ante. Idem præterea receptum eſt, cum poſſeſſor rei immobilis condemnatus ab executione appellat. Nam ſi recipitur eius appellatio, placet idem hic ſervari quod in re mobili petita; ut quemadmodum res mobilis ſequeſtratur; ſic in re immobili ſequeſtrentur fructus. *d. L. ab executione*, *C. quor. appell. non recip.* & *C.* 2. & 3. *extr. d. tit.* Poſtremo idem ius receptum eſt, in hac ſpecie, cum coloni qui antea agrum poſſidebant ut coloni, poſtea cœperunt poſſidere ut domini. Nam hic ſi dominus

3) Anton. Fab. *ad d. L.* 7. Triboniani eſſe vult & *d.* §. *ult.* & reliquos locos Pandectarum quibus ſequeſtrationis mentio. Quod ut probare religio eſt, ita refellere operæ non videtur.

4) Vid. Scaccia 1. *de Iudic.* 38. *n.* 7. *& ſeqq.* Diſſ. Fr. Curt. *ad Leg. un. Cod. hoc tit. n.* 8. Speciale eſſe in cauſſa appellationis ſtatuens, & inde a contrario arguens.

agrum ſuum vindicet, placet veteri eius poſſeſſori hoc tribui, ut dum cauſſa diſceptatur, fructus deponantur. *L. litibus, C. de agric. & cenſ. lib.* XI. Præter has cauſſas ſequeſtrationis nullas præterea legimus in iure noſtro: niſi huc advoces quæ a Paulo *lib. 5. ſentent. C. pen.* ſcripta reperiuntur. Nam ad ſequeſtrationem nihil pertinet ſpecies. *L. 1. §. iubet.* & *§. ſeq. D. de collat. bon.* ubi filius emancipatus, cum fratribus, qui in poteſtate fuerunt, ad ſucceſſionem veniens, iubetur bona ſua fratribus conferre, aut de conſerendis idonee cavere vel fideiuſſoribus datis vel pignoribus: ni ita caveat, curator iis bonis conſtituitur. Nihil, inquam, hoc exemplum ad ſequeſtrationem: nam curator non eſt ſequeſter: curator conſtituitur bonis de quibus controverſia non eſt: non deponitur apud ſequeſtrem niſi res, de qua controverſia eſt *L. ſequeſter, D. de verb. ſignific.* Non debet etiam ad ſequeſtrationem referri ſpecies. *L. ſi cum dotem, §. ſin autem*, verſ. *ſin vero, D. ſol. matrim.* ubi maritus uxorem, ſi furioſa eſt alere iubetur, niſi alat, bona mariti ſequeſtrantur, ut alatur ex fructibus. Illic ſequeſtrari improprie dictum eſt. Nam nec in ea ſpecie de bonis mariti ulla controverſia eſt. Iam autem dixi ſequeſtrationem non cadere niſi in rem controverſam.

VIII. Iure Canonico etiam poſſeſſio ſequeſtratur; ut in interdicto uti poſſidetis. *C. examinata, 15. extr. de iudic. C. 7. ex. de conf. util. vel inutil.*

IX. Ex his intelligi poteſt, in ſequeſtratione non eſſe obligationem, ſeu ſequeſtrationem ex obligatione non peti: multo minus naſci ex contractu. Sed quæſtio omnis de ſequeſtratione pertinet ad ordinem iudiciorum, ſeu ad rationem iuris noſtri obtinendi. Nam cum res aliqua iudicio petitur, quæritur, ut initio dixi, an neceſſe habeat reus poſtulante actore rem petitam ſequeſtrare? Dicimus neceſſe non habere: refragari enim & naturæ æquitatem & iudiciorum ordinem, qui præſcribit, prius debitorem convinci oportere; quam ad ſolutionem aut alicuius rei præſtationem urgeatur. Unde etiam intelligitur, quam non idoneo loco hæc quæſtio & conſtitutio in C. Iuſtiniani interpoſita ſit. Et quam contra opportuno & ſuo locata ſit a Pontificibus *libro 11. decretal.* ubi de iudiciis & eorum forma atque ordine pleraque explicantur,

CAP.

C A P. V.

De cauſſæ cognitione, Quid ſit cauſſam cognoſcere; quæ plena, quæ ſummaria cognitio.

Iudicis munus cauſſam cognoſcere. Hoc quid ſit. I.
Cognitio cauſſæ aut plena, aut ſummaria, ut vocant: poſterior hæc qualis; de ea quo in loco. II.
In iuſto & vero iudicio non admittitur. III.
Plena cognitio quæ actoris & rei ſunt plene omnia diſcutit, & intra legitima tempora. IV.
Quæ ad intentionem actoris & rei defenſionem pertineant. V.
Quæ forma atque ordo ea cognoſcendi quæ actoris & rei ſunt. VI.
Plena & iuſta habetur interdum cognitio in qua nihil probatum, & rei allegatio repudiata, & quomodo. VII.
Allegatio ſive exceptio qua reus ipſo iure liberatur & probata actoris intentione admittitur, etſi ille primo inficiatione eſt uſus. VIII.
Aditus ad Cap. ſeq. IX.

I. IAm de iis, quæ proprie attingunt officium iudicis, ut fert iudicii ordo, dicatur: cognitionem dico, & iudicationem. In quibus prima eſt cauſſæ cognitio: ac quid ſit cauſſam cognoſcere, & quibus rebus conſtet hæc cognitio, videamus. Cauſſam cognoſcere eſt, cognoſcere, qualis ſit cauſſa, quæ in iudicio verſatur: & quod dicit Conſtantinus in *L. iudices, C. de iud.* diſcutere, & cognoſcere rei, ideſt cauſſæ qualitatem. Puta, [1] verum ſit, an falſum, quod dicitur; iuſtum, an iniuſtum, æquum, an iniquum, quod petitur. Cognoſcitur autem cauſſa ex iis, quæ pro cauſſa dicuntur, probanturque a litigatoribus. Itaque cum iubentur iudices cauſſam cognoſcere, hoc iubentur inquirere in rem, & litigatores de re dicentes & probantes audire, & quæ ad probationem ſunt, expendere: ut ex inquiſitione cognitio quæ ſequitur; ex cognitione contra inquiſitio, quæ præcedit, intelligatur. De hac inquiſitione, & cognitione cautum ita eſt a Conſtantino in *d. L.* iudices. *Iudices*, inquit, *oportet imprimis rei qualitatem plena inquiſitione diſcutere, & tunc utramque partem ſæpius interrogare, nunquid novi addere deſiderent.* Plenam inquiſitionem exigit: ut Pontifex, plenam iuſtitiam, *C. qualiter, extr. de iudic.*

II. Opponitur plena [2] ſummæ. Summatim cognoſcere dicitur iudex, aut magiſtratus, cum re aliqua a petitore allata, quæ vel leviter pro eo faciat, ei concedit, quod petit, interim contempto eo, quod contra affertur a reo, ſi videatur habere obſcuriorem quæſtionem. Qualis eſt, exempli gratia, ea cognitio, quæ pro impubere recipitur bonorum poſſeſſionem petente ex Carboniano edicto; de qua in *L. 3. §. cauſſæ, D. de carb. ed.* Hæc neque admittitur in omnibus cauſſis, & ſicubi admittitur, recepta eſt utilitate rerum ita ſuadente, hac conditione, ut decretum, quod inde ſecutum erit, proſit ad tempus duntaxat, ſitque eiuſmodi adverſus quod alio iuſto, & pleniore iudicio agi poſſit, ſic ut prius illud decretum veritati non præiudicet. De quo genere quia ſcripsi diligentius, ut in loco, ad *§. ſi verum, L. a divo, D. de re iud.* plura hic non dicam, contentus locum indicare, unde peti poſſit, quod huc facere videbitur.

III. Illud de hac cognitione recte in univerſum hoc loco præcipietur, in iudicio, quod quidem vere iudicium ſit, id eſt,

1) Cauſſæ cognitio in duobus, ut negotii veritatem & iuſtitiam examinet, *L. 3. de in integr. reſtit.* Quorum prius ad factum ſolum, poſterius ad ius refertur. Anton. Fab. *ad L. 6. §. 2. de negot. geſt.* add. Sarmient. 1. *Select. Interpretat.* 13. *n.* 4. Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 19. Etſi Weſenbec. *in L. 9. Cod. de iudic. n.* 2. plenam inquiſitionem, quæ *d. L.* 9. in tribus conſtituat: Ordinis iudicii obſervatione, iuſtis dilationibus dandis, & idoneis probationibus admittendis. Ubi tamen, quod præcipuum eſt, omitti videtur, matura nempe ab utraque parte propoſitorum & meritorum cauſſæ diſcuſſio ac examinatio. Vocatur & diſquiſitio, Cicer. 1. *Philipp.* & examen ac diſceptatio, Pollet. *Lib.* 3. *Hiſt. fori Cap.* 1. *pag.* 202. *& Cap.* 3. *p.* 323. add. *h. C. N.* 3.

2) Collibitum foret cauſſas ſummarii iudicii, ac compendiariæ cognitionis non ſummatim pertractare, ſed hic modus libri ac inſtituti non fert. Potiora differens, remitto ad Menoch. 1. *Arb. Q.* 18. *&* *Remed* 4. *Adipiſc. poſſeſſ. n.* 470. *& ſeqq.* Hotoman. 2. *Obſ.* 4. *& ſeqq* Forcat. *Dial.* 80. Lanc. Conrad. *de Offic. Prætor. in cauſſ. civil.* v. *Summaria cognitio.* Sig. Scaccia 1. *de iudic* 53. Langlæ. 2. *Semeſtr.* 1. *pag.* 96. Octav. Veſtrius *Pract. aula Rom. Lib.* 5 *Cap.* 1. *& ſeqq.* Damhuder. *Prax. civil Cap* 22. *&* 2. *ſeqq.* Maranta *P.* 4. *Diſt. iudic.* 8. Ioan. de Amono *Pract. Cap.* 6. Frider 2. *de Mandat. iudic.* 75. Coler. *de Proceſſ. P.* 3. *Cap.* 5. Contard. *in L. Diffamari Cap.* 4. *n.* 2. *&* 9. *ſeqq* Zanger. *de Except. P.* 1. *Cap.* 1. *n.* 18. Mynſ. 3. *Obſ.* 70 *&* 6. *Obſ.* 16. Cacheran. *Deciſ.* 1. *& ſeqq.* Iacob. Schult. *Obſ. forenſi* 3. qui 150. cauſſas percenſet.

Digitized by Google

eſt, quo id agatur ut ſententia iudicis ab omni controverſia diſcedatur (ſic enim proprie dicitur iudicium & res iudicata, cum pronunciatione iudicis imponitur finis controverſiæ. *L.* 1. *D. de re iud.*) in vero, inquam, & iuſto iudicio ei cognitioni, quam dixi, locum non eſſe. Sic enim conſtitutionis verba ſunt: *Iudices oportet rei qualitatem plena inquiſitione diſcutere.* Ubi non dubium eſt, iudices intelligi debere eos, qui vere iudices ſunt: id eſt quorum iudicium exſpectetur de re controverſa ad litem dirimendam. De quo iudicii genere nunc agimus.

IV. Igitur in eo, uti plenum & iuſtum iudicium eſt, ſic adhibebitur plena, & iuſta inquiſitio ſeu cognitio. Si breviter dicendum eſt, plena tum eſt, & iuſta cognitio ſeu inquiſitio cum quæ ad rem utriuſque partis, id eſt, ad intentionem actoris & defenſionem rei pertinent, quæ quidem a litigatoribus afferantur, quæque iudicii natura non repudiet, eorum nihil prætermittit, quin [3] audiat, cognoſcatve intra tempora ad agendum cauſſam conſtituta, & ſimul rerum omnium, ſine quibus ad hæc cognoſcenda perveniri non poteſt, facit poteſtatem: fruſtra enim iubetur conſequentia admittere, niſi antecedentia concedit.

V. Iuris autem ratio dictat, pertinere ad intentionem actoris probare quod intenditur, ſi negetur ab adverſario: tum quæ contra dicuntur, refellere, ut quæ ad fidem allata ſunt, rata maneant. Sic enim ius eſt, actore non probante reum abſolvi. *L. qui accuſare, C. de eden.* Ad defenſionem vero rei hæc omnia pertinent. Primum, ut dicat ſecundo loco poſt actorem. Non eſt enim defenſio niſi adverſus ea, quæ obiiciuntur. Deinde illud, quæ ab actore obiecta ſunt, diluere: inſtrumenta, aut teſtimonia, quæ contra afferantur, refutare, ſi improbanda videantur. Illud præterea cum quæ contra vere intentantur, confeſſus fuerit, reus referre ex adverſo & allegare, quod ad liberationem eius pertinet. Ut ſi pecuniam mutuam quæ petitur, convincatur accepiſſe, neceſſe ſit, ſi abſolvi velit, hoc eum dicere, pecuniam eſſe ſolutam aut accepto latam; aut ſe aliter, quam ipſo iure, vel per exceptionem liberatum. Quæ duo poſteriora ſi ad defenſionem rei valent, neceſſe eſt illud quoque pertineat, ea quæ ab actore prius dicta pro cauſſa, & probata ſunt, ante omnia cognoſcere: quandoquidem neque ea refelli a nobis poſſunt, quæ, qualia ſint, ignoramus: neque his incognitis ſtatuere, utrum ſit, quod adverſus intentionem, tanquam ſatis confirmatam aliquid allegemus: an vero putemus nihil nobis obſtare ea quæ contra nos dicta ſunt, tanquam nihil firmi habentia, eoque velimus ex his iudicium fieri. Poſtremo, quoniam ne a reo quidem quidquam dici convenit, quod ab eo non probetur, eſt eius probare id, quod allegat, ſi negetur; & ſi quid contra dicatur, refutare hoc quoque, & tueri intentionem. Quæ ſi reo licent adverſus intentionem actoris, quæ non negetur: eadem & actori permittenda ſunt, adverſus exceptionem, & allegationem quamlibet quæ a reo opponatur: quoniam reus in exceptione actor eſt. *L.* 1. *D. de exc.*

VI. Hæc cum ita ſint, ſi de officio iudicis in cauſſa cognoſcenda quæritur, & res recte atque ordine gerenda eſt, nempe is in ea re ita ſe geret, atque hunc ordinem, & formam ſervabit. Actorem, cui negabitur, quod intendit, per ſe dicentem audiet (actorem cum dico, quemlibet etiam patronum intelligo) inſtrumenta, ſi qua ab eo proferentur, inſpiciet: ſi qui teſtes idonei producentur, eos interrogabit, eorumque cognoſcet teſtimonia. Et ſunt quidem in his evocandis interrogandiſque quædam quæ proprie iudicem obſervare oportet. Sed de his poſtea opportunius ſuo loco. Hoc peracto tum ad reum veniet: cui dabit reſpondendi, ac pro ſe dicendi locum. Et quoniam, ut id recte faciat in eo poſitum eſt, ſi ea, quæ ab actore obiiciuntur, probantur, cognovit, ſine quo adverſus ea comparare ſe non poteſt; ante omnia huic iubebit iudex eorum fieri copiam, facietque ei contra ea, quæ obiecta ſunt, contra inſtrumenta, contra teſtimonia, poteſtatem [4] dicendi, quæ velit. Quod ita faciendum eſſe, etiam intelligimus ex *Novella* 90. *de teſti.* §. *quia vero, verſ. cæterum*, tum ex his quæ de refellendis teſtimo-

3) Iudicis ut ſit mature omnia expendere, vid. Vivius *Lib.* 2. *Deciſ.* 375 nec præcipiti feſtinatione ad ſententiam venire. Qua de re adi Menoch. 1. *Arb.* Q. 19. *&* Q. 42. Sich. & Weſenb. *ad L.* 9. *C. de iudic.* Bover, *Sing.* 21. Stiatic. *Obſ. Cap.* 22. Confer Ræward. *ad LL.* 12. *tab. Cap.* 7. Cæterum hic cum primis artis eſt perveſtigare ſtatum controverſiæ, & ſi plures incidant primarium dignoſcere. vid. Anton. Maſſa. Galeſ. *Praxi iudiciali pag.* 50. *& ſequent.* Huius neglectu, & ſi non principaliter attendatur, varios iudiciorum abuſus promanare, valde conqueritur Nic. Vigel. *Lib. de Litis conteſtat.* & alibi paſſim.

4) Ubi de modo proponendi ius litigatorum iudicio dici poſſet, veluti quod in foro Saxonico viva voce proceditur, *vom Munde in die Feder*, vid. *Novell. Electoral.* 1. *&* 18. *P.* 1. ubi Moller. Iacob Schult. *Obſ. forenſ.* 1. *&* 41. Arumæ. *Lib.* 2. *Deciſ.* 11. ubi hunc modum partium conventione mutari poſſe negat. De Receſſibus, vid. Ott. Meland. *Comm. Cameral. P.* 7. *fol.* 108. *& ſeq.* Et hic quo-

ſtimoniis, infra diſſeruimus, ſub titulo de teſtibus. Hoc ea lege, ut ſi quid adverſus ea a reo dictum erit, iudex faciat actori ſuo ordine ea tuendi, propugnandique poteſtatem: alioqui non fiet ei poteſtas ſua probandi. Non enim probavit ſua niſi qui ea, quæ contra dicuntur, refutavit. Rogabit deinde iudex reum nunquid habeat, quod contra intentionem alleget, apponatque adverſario ut iubet. *L. iudices*. Cuiuſmodi eſt, pecuniam ſolutam eſſe, accepto latam eſſe, & ſimilia. Quod ſi dicet ſe facere velle, admittet hic quoque eius allegationes; & ſi de his erit controverſia, poteſtate eas probandi facta, probantem audiet. Quo facto rurſum ad actorem ſe convertet, & quæ eum reo præſtare debere diximus, adverſus ea, quæ pro intentione ab actore probata ſunt, & acta in iudicio; eadem actori adverſus exceptionem rei ſervabit omnia. Copia eorum quæ ad fidem exceptionis allata ſunt, facta, interrogabit actorem, nunquid ſit, quod ille contra probationem rei afferat: nunquid etiam, quod de exceptione confeſſus erit, alleget, quo ſe adverſus exceptionem tueatur: fieri enim poteſt, ut fateatur actor pactum ſe eſſe cum reo ne ab eo peteret: ſed dicat, ſe id feciſſe coactum metu, aut adverſarii dolo inductum. Quod de exceptione pacti dico, idem multo magis de ſolutione, acceptilatione, novatione, qua reus ſe tueatur, intelligendum eſt. Hæc, inquam, ordine pro ſe dicentes, & cauſſam agentes reos iudex audiet. Qui ſi poteſtate dicendi, probandique ſibi conceſſa utentur, & iudex omnia recipiet, & cognoſcet, quæ ab his afferentur ad cauſſam, id eo uſque faciet, donec ambo ultro [5] dicant ſe nihil adiicere velle amplius: nemo dubitabit: quin hæc demum iuſta ſit, & plena cognitio.

VII. Sed non eo minus interdum iuſta & plena habenda eſt; etſi de re nihil probatum erit, aut iudex repudiaverit rei allegationem. Iubetur is rei qualitatem cognoſcere ex his, quæ iſto quem dixi, ordine dicta, probata erunt a litigatoribus: ſed iis conditionibus, quas ſupra in definienda plena cognitione breviter ſum complexus: ſi etiam illi videlicet ſe habere aliquid dicant, quod offerant, ſi eorum allegatio ſit eiuſmodi, quam iudicium admittat, ſi poteſtate dicendi, probandique facta, ea utentur intra tempus conſtitutum. Finge interrogatum reum dicere ſe, aut inficiatione ſola, aut ſua confutatione, ſine alia allegatione, aut exceptione, eſſe contentum. Non eſt cur iudex id expectet, cui ille renunciare ſe dixerit. *arg. d. L. iudices*.

VIII. Iam vero quædam ſunt allegationes, quas iudicium repudiet. Omnem defenſionem, qua reus iure ipſo ſit liberatus, omne iudicium admittit. Admittet & exceptionem omnem, quæ initio conteſtata ſit. Quod ſi non erit conteſtata, ſupra diſſerui, cum de litis conteſtatione agerem, hanc venire quidem in iudicium bonæ fidei, in iudicio ſtricto non item. Illud dubitari poteſt, an recipienda ſit eius ſive allegatio, ſive exceptio, qui primo negavit, quod intendebatur, puta pecuniam mutuo datam eſſe: poſtea re ab actore probata ut ſe tueatur, dicit pecuniam a ſe ſolutam, aut ſibi accepto latam eſſe; denique allegat aliquid, quod ſi verum eſt, neceſſe ſit eum abſolvi. Perſpicuum eſt enim, eum qui id alleget, fateri pecuniam ſibi mutuo datam eſſe, quod antea negavit. Ut fortaſſe quis dicturus ſit, hunc mendacio ſuo ſatis convinci, ac proinde excludi. Et iudicat *L. exceptionem, Cod. de prob.* etiam tum, cum actor coactus probavit intentionem ſuam (quod non ſit, niſi tunc cum reus primo inficiatione eſt uſus,) tamen admitti exceptionem rei adverſus intentionem iure civili comparatam. Quanto magis admit-
temus

quoque de Poſitionum ac Articulorum uſu, qui iure ignotus, vid. *ſupra Lib.* 23. *C.* 7. *N.* 10. ideoque a Donello omiſſus, conſuetudine inventus, tractandi locus non incommodus foret. Cæterum remitto ad Menoch. *Arb. C.* 251. *&* 485. Sig. Scaccia *Lib.* 1. *de Iud. C.* 60. *& Lib.* 2. *C.* 7. Lanc. Conrad. *de Offic. Prætor. in cauſſ. civil. v. Poſitio & v. Capitulum*. Damhuder. *Praxi civil. C.* 252. *& ſequentib.* Octav. Veſtr. *Lib.* 5. *Pract. aulæ Rom. C.* 14. *& ſeqq.* Rain. Coraſ. 3. *Indag.* 16. Rulant. *de Commiſſar. P.* 3. *Lib.* 1. *tero.* Obrecht. *de Concip. libel. C.* 17. Del Re *de Iurament. calumn. C.* 14. *n.* 72. *& ſequentib.* Moll. 1. *Semeſtr.* 22. Stiatic. *Obſ. pract. C.* 5. Gail. 1. *Obſ.* 79. *&* 3. *ſequentib.* Mynſ. 1. *Obſ.* 86. 2. *Obſ.* 55. *&* 90. *&* 5. *Obſ.* 54. *&* 88. *ac* 6. *Obſ.* 81. 89. 92. Wurmſer. *Tit.* 15. Meichſner. *Tomo* 3. *Deciſ. Cam.* 22. Meland. *Com. Cameral. Part.* 7. *fol.* 132. *& ſeqq.* Natta *Tomo* 1. *Conſ.* 30. *n.* 4. *ſequent.* Coler. *Conſ.* 40. *n.* 44. *& ſeqq. &* 1. *Deciſ.* 118. Guid. Popæ *Deciſ.* 182. Surd. *Deciſ.* 17. 22. 58. 196. *&* 291. Teſſaur. *Deciſion.* 17. Poſitiones & Articuli ut differant, Wendelin. Hailman. *de Teſtibus C.* 4. *pag.* 62. *& ſeqq.* Scaccia *d. C.* 6. *n.* 5 *& ſequent.*

5) Et ubi utrinque probationibus & allegationibus renunciatur, concluſum in cauſſa dicitur, *C. Paſtoralis* 5. *de cauſſ. poſſeſſion. & proprietat.* Nec poſt eam novæ probationes admittuntur. Qua de re concluſionis cauſſæ neceſſitatæ, iure & effectibus, conſule Menoch. 1. *Arb. Q.* 35. & 1. *Arb. C.* 51. *ac* 2. *Præſumpt.* 65. *& ſequent.* Sigiſmundus Scaccia 2. *de Iud.* 12. Antun. Sola *in Conſtitutiones antiq. Sabaud. rubr. de Concluſ. in cauſſa.* Aſin. *Praxi iudic.* §. 23. Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 191 Gravat. *Annotat. ad Pract. Veſtrii Lib.* 4. *Cap.* 4. *lit.* G. Monach. *Pract. iudic. Part.* 13. Bover. *Sing.* 60. Stiatic. *Obſ. C.* 22. Gail. 1. *Obſerv.* 107. Mynſ. 3. *Obſ.* 17. Hartm. *Obſ. Tit.* 17. Weſenb. *ad auth. iubemus C. de iudic.* Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 19. *& P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 13. *& P.* 4. *Lib.* 8. *C.* 11. *&c.* Cæterum hodie in iudiciis modus allegationum partibus ſtatutus, nec triplica aut quadruplica ulterior recipitur, ut not. *ſupra Lib.* 22. *m.* 10. *N.* 4.

temus eam allegationem, quæ reum ipſo jure liberet? Atenim apparet autem mentiri. Quid tum? fortaſſe enim tunc mentitus eſt, cum negavit ſe pecuniam accepiſſe: non etiam nunc cum ſe ſolviſſe dicit. Quod an verum ſit, probatio eius declarabit. Sane si verum eſt ipſum ſolviſſe, non debet mendacium [6] efficere, ut damnetur, qui non debuit. Nec vero ſatis argumenti eſt reum non ſolviſſe eo quod primo inficiari maluit, quam de mutuo confeſſus ſolutionem obiicere. Fieri enim poteſt, ut ideo non obiecerit, vel quod actorem improbe petentem, quod ſolutum erat, dignum putarit, cui inficiando negotium exhiberet: vel quod ſciret, ſolutione opposita sibi neceſſitatem imponi eius probandæ: metueret autem, ne non eam poſſet probare. Itaque tutius putavit inficiatione insiſtere: ubi intelligeret [7] onus probandi conferri in adverſarium. *L. 1. Cod. de prob.*

IX. Poſtremo quod dicitur iudicem audire, & cognoſcere debere quæ a litigatoribus ad cauſsam afferuntur: non sic dicitur, ut si differant ea dicere, & afferre, perpetuo audiri debeant: alioqui alterutro rem differente, ut libet, nunquam alter ad ius ſuum perveniet, eritque omnino eluſorium iudicium. Tempus igitur conſtitutum his eſse oportet, intra quod si partibus ſuis fungantur, audiantur: sin minus, non sit amplius his dicendi locus, ac nihilominus res perinde haberi debeat, quasi iudex rem pleniſſime cognoviſset.

CAP.

6) Aliquando tamen hæc mendacii pœna, vid. *ſupra Lib.* 22. C. 8. *N* 1. verſ *plane* fuſe Pacian. *Lib.* 1. *de Probat.* C. 19. Et in terminis diſſ. Cuiac. *in Novell.* 18, *Parte* 5.

7) Confer *d. Lib.* 12. *C.* 8. *N.* 1. & Iac. Schult. *Obſ. forenſi* 45.

C A P. V I.

De dilationibus, & ad hunc *tit. D.* & *C.*

Agendi tempus certum a Iuſtiniano conſtitutum dumtaxat in unare, & in qua; & illud quale. I.
In cæteris rebus illud religioni iudicis permiſſum: de eo ita ſtatui. II.
1. *Dilationem initio dari non oportere, niſi neceſſaria de cauſſa.* III.
Immo abſolute denegari aliquando, & quibus in cauſſis. IV.
2. *Dilationis tempus iudicis æſtimationi reſervari: dilationem ſolam, quam poſtulat diſtantia locorum, præfinitam eſſe legibus, & quatenus.* V.
Hanc eandem poſſe ad brevius tempus a iudice contrahi ex cauſſa. VI.
3. *In dilatione pluſquam ſemel danda pecuniarias a capitalibus cauſſis differre; in his dari ſæpius dilationem cum reo tum actori; & ex cauſſa denegari.* VII. X.
Exceptio. VIII.
In pecuniariis non dari pluſquam ſemel niſi in duabus cauſſis; quæ ſint hæ & quales; qui eas probare debeat. IX. X.
Quando in utriſque denegetur dilatio; & quæ in allegandis cauſſis dilationis differentia in utriſque. XI. X.
Dilationes dari pro tribunali. XII.
Quæ adverſus iudicem conſtituta remedia, ſi is in danda aut neganda dilatione iniuriam fecerit. XIII.
Quid ſi in loco dederit, quo non oportet. XIV.
Aditus ad Cap. ſeq. XV.

I. DE hoc tempore videndum eſt, ſitne aliquod iure in hac re conſtitutum, & quod ſit; ſin minus, & a iudice id dandum eſt: quæ ſit in eo dandi genere poteſtas, & officium iudicis. Et eſt una in re certum conſtitutum a Iuſtiniano, quod quidem pertineat ad id, de quo nunc agimus: nempe in hac, cum una parte allegationibus ſuis renunciante, altera dicit ſe habere, quod adiiciat. Qua in ſpecie Iuſtiniano placuit ei, qui id diceret, unum menſem ad eam rem dari: hoc exacto interrogari eum a iudice, nunquid proponat. Si ceſſet, vult Iuſtinianus, alterum menſem indulgeri. Si ne ſic quidem intra hunc menſem quicquam litigator proponat, iubet ille menſem adiici tertium. Hoc Iuſtinianus in *Novel.* 115. *ut cum de app.* §. 1. *unde auth. iubemus, C. de iud.* In quo obſervandum eſt eum certam dilationem dare ſine ulla cauſſæ cognitione. Non enim vult interrogari reum, quid alleget; utrum id, quod ille fecerit, & de quo poſſit ſtatim reſpondere, an quod fecerit alius: ut pro conditione rei, iudex aut iubeat, eum allegationes ſuas exponere ſtatim, aut tempus, quod ſatis ſit, ad eam rem præſtituat: animadvertendum & illud, quod non omnibus, qui aliquid allegare velint, hoc tempus tribuit Iuſtinianus, ſed ei, qui id faciat iam prope confecta lite: nempe tum, cum adverſarius teſtatus fuerit, ſe nihil amplius adiicere. Quod qua ratione ab eo conſtitutum ſit, cum neceſſe ſit plerumque non neceſſariam eſſe dilationem, mihi parum liquet. Declarat tamen Iuſtinianus, ſe ſuperius illud conſtituere, improbitatis litigatoris pervincendæ cauſſa, & ſimul hoc velle ut tribus illis menſibus exactis iudex omnimodo ſententiam ferat. Quod ſi ita accipiemus, ut velit poſt id tempus etiam abſente litigatore ſententiam ferri poſſe: dicemus non temere tempus ſuperius dari: ſed eſſe eiuſmodi, quod non tam dilationis vim habeat, quam pro legitimis edictis, quibus quis evocari ſolet, ut vel litigatore abſente ſententia ferri poſſit, cedat. Sed ſive recte illud conſtitutum eſt a Iuſtiniano, ſive eius conſtitutionis ratio parum nobis eſt cognita: certe una ea in re, quæ quidem ad agendam cauſſam pertineat, certum tempus Iuſtinianus dedit.

II. In cæteris omnibus eius generis ius vetus manſit, ut ſive dilatio petatur, earum rerum cauſſa, quas quis allegare velit ante, quam altera pars renunciarit allegationibus ſuis; ſive petatur probationum gratia, ut teſtium, vel inſtrumentorum: in his res omnis committatur æſtimationi, & moderationi iudicis;

ſcilicet pro ut res quæque eſſe videbitur, ita ille ad rem gerendam [1] aut det, aut deneget dilationem. Et recte ita ius de his rebus conſtitutum eſt. Cum enim cauſſæ ſint ut numero infinitæ; ita varietate factorum, & probationum genere longe diſſimiles, in quibus res quædam minorem dilationem deſiderent, aliæ ne deſiderent quidem: abſurdum ſit omnino in rebus tam diſparibus eandem dilationem omnibus præſtituere litigatoribus. Sed res, ut dixi, ita iudici, commiſſa: ſed non ut ei liberum de ea re ſtatuendi arbitrium concedatur, ſed ut iubeatur, pro conditione rei dilationem dare [2] cauſſa cognita. *L. oratione, D. de dilat. L. 1. L. a procedente, C. eod.* Quo conſtituto quæſitum eſt in eo de poteſtate & officio iudicis. Sunt autem hæc fere de eo, quæ quærantur: an poſtulanti ſemper dilatio danda ſit: ſi danda, quantam conveniat dari: Semel data an ſæpius poſtulari poſſit. Quæ datur, quo loco danda ſit. Poſtremo in dilatione plurium dierum quos dies numerari oporteat. De quibus quid fieri placeat, conſideremus.

III. Et ſi de danda ab initio dilatione agitur, primum hoc ſtatuatur nunquam eſſe dandam, nisi neceſſitas rei gerendæ hoc exigat, ut detur. *L. 1. C. eod.* Quid enim, si interrogetur quis de facto aut contractu ſuo? Non tam iniquum, quam ſtultum ſit dilationem ad reſpondendum dare ei, qui ſtatim, & liquido poſſit reſpondere. Quod ſi neceſſaria erit ad rem gerendam dilatio, ut ſi fingas de facto alieno nos interrogari, in facto noſtro teſtibus vel inſtrumentis ad fidem opus eſſe: ita plane ſemper dabitur, niſi quid nominatim ius prohibeat, *d. L. 1.*

IV. Ac duabus in cauſſis etiam neceſſariam poſtulanti dilationem denegari iure animadverto. Una eſt cauſsa, cum quis reſcriptum ad extraordinarium iudicem reportavit. Sic enim verba ſunt Conſtantini in *L. ſi quando, C. eod. Si quando quis reſcriptum ad extraordinarium iudicem reportaverit, dilatio ei penitus deneganda eſt.* Quod ſic interpretandum eſt, ut ſi quis defugiendæ iuriſdictionis cauſsa, cui iure communi ſubiectus erat, reſcriptum impetraverit a principe, quo ſibi liceret revocare ad alium iudicem, non audiatur in iure, ſi reſcriptum obiiciens, id ſtatim non edat; quantumvis id ſe alibi habere dicat, & dilationem poſtulet ad id proferendum, quia dilatio ad eam rem denegetur. Hoc ideo quia merito ei obiici poteſt, cur ſi habebat reſcriptum eiuſmodi aliquod, quale dicit, id ſecum non attulerit eo tempore, quo primum de eo reſcripto ſibi controverſiam fore intelligeret, cum & poſset id afferre, & vero deberet, ſi adverſarium nollet fruſtrari: quæ culpa eo minus adiuvanda eſt, quia admittatur in ea re, quæ contra ius poſtuletur. Cum in hac culpa cauſſam denegandæ iſtius dilationis Conſtantinus eſſe intelligeret, ita ſubiecit: *Illi autem, qui in iudicium vocatur, danda eſt ad improbanda precum mendacia vel proferenda aliqua inſtrumenta, vel teſtes: quoniam inſtructus eſſe non potuit, qui præter ſpem in alienum iudicium trahitur.* Altera in ſpecie denegatur dilatio, quanvis ad fidem neceſſaria, quoties videlicet intra certum tempus lege conſtitutum datur actio, & actor prope finem eius temporis agens dilationem poſtulat, quæ tempus legitimum excedat. Conſtitutum & hoc a Conſtantino in *L. petendæ, C. de temp. in integ. reſtit.* Obſervetur autem, cui ille in hac re deneget dilationem, & quamobrem. Denegat actori,

1) Prolixus hic forem, in brevitate licet ſolita, rerum numeroſitate, ſi, quos conſignatos habeo auctores (non alios autem habeo niſi quos evolvi) ex iis quæ ad hanc materiam declarandum faciunt, referre vellem. Id libri modus cum non patiatur, locos auctorum indicabo. Plurium ſane, verum non alia ratione, quam ut commodis diverſorum lectorum inſerviam, ut cui aliqui, ceu fit, non ſuppetunt, ad alios recurrat. Ex profeſſo iuxta ius antiquum Pollet. 4. *Hiſt. fori* 15 Duar *Com. ad h. t.* Iuxta hodiernum fori uſum, Reboff. *Tomo* 3. *in Conſtit. Reg. Tr. de Dilationib.* Sich *ad Rubr. & LL. C. h. t.* Gilken. *ad eandem rubr.* ut & Weſ. ſed preſſius Dimhuder. *Prax. civ. Cap.* 114 *& ſeqq.* (alios Practicarum auctores prætereo) Lanc Conrad *de Off. prat. in cauſ. civ. v. dilatio.* ſed hic minus plene; exactius & plenius Sig. Scaccia 2. *de iudic.* 3. *&* 4. Præter hos ſparſim Menoch *Arb. C.* 52. *& Recup. poſſeſſ. Remed.* 15. *n.* 323. *& ſeqq.* Mathesilan *Sing.* 17. & idem *ad L.* 2. *Cod. Quem. & quand. index* Bover. *ſingul* 10. Corſet. *Sing.* 78. Vaſq 2 *Cont. uſu freq.* 27. Tiraq. *Tr. Ceſſante cauſſa P.* 1. *n.* 76. *& ſeqq.* Parlad 2. *rer. Quotid. C. fin P.* 5. § 10. Trentac. *Lib.* 2 *Pract. Reſol. tit. de Dilationibus* (non enim materiam methodice pertractat.) Laocell. *de Attent. P.* 2. *C.* 7. Rulsot. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 7. *& ſeqq. & C.* 28. Magon. *Cynoſura advocat. P.* 2. *C.* 10. Iacob. Omphal. *Lib.* 5 *de Uſurpat. legum. C.* 4. Vant. *Tit. de Nullit. ex defect. iuriſd. n.* 157. *& ſeqq* Blarer. *in L. diffamar. Cap.* 6. *n.* 113. *& ſeqq. & Cap.* 8. Aſio. *locis mox citatis lit. B.* Wendelio. Hailman. *de Teſtib. C.* 3. *p.* 43. *& ſeqq* Stiatie. *Obſerv. pract. Cap.* 7. Gail. 1. *Obſerv.* 91. Myoſ 1. *Obſ.* 71. *& ſeq.* Hart. Hartm. *Lib.* 2. *Obſ. Tit.* 12. Afflict. *Deciſ.* 50. Boer. *Deciſ.* 294 Peguera. *Deciſ.* 160. *&* 180. Henning. Goden. *Conſ.* 44. Rauch. *P.* 2. *Q.* 24. *n.* 35. *& ſeq* Gravat. *ad Veſtr. Pract. Lib.* 5. *C.* 4. *littera D & C.* 9. *littera B.* Et ad uſum fori Saxonici vid. *Nov. Elect.* 16. *P.* 1. ibi Moller. *auctoret Diff. iur. civ. & Sax. P.* 1. *Diff.* 6. *& Diff.* 35. *& ſeq.* Coler. *Dec.* 321. Iac Schult. *Obſer. forenſ.* 28.

2) Vid. Gilken. *ad Rubr. C. hoc tit. n.* 4. *& ſeqq.* ubi quæ in hac cognitione verſentur, Sich. *ad L.* 1. *C. h. t.* & alii. Nec facile concedendæ dilationes ex officio iudicis niſi partes petant, per *L.* 1. verbis: *poſtulatum dari C. h. t. L.* 2. *C. Ut intra cert. tempus*, vid. Ioan. Bapt. Aſin. *de Exſecut.* § 3. *C.* 12. *ac Cap.* 169. *& ſeq. & C.* 175. *ac ſeq. & C.* 213.

ri, addita nominatim hac ratione, quia in eius arbitrio ſuerit tunc litem inferre, cum petitæ dilationis mora ſpacio legitimo ſuperſtite poſſet includi. Cui conſequens ſuit, ut hanc poſtulanti reo concederet, cui nihil tale poteſt obiici. Quod & ſecit Conſtantinus: ait igitur, *Quod ſi defenſor dilationis ſuffragium poſtulaverit, eandem aſſerta cauſſa citra obſtaculum temporis deferri ſancimus: quia nequaquam ſteterat in eius poteſtate, quando litigio pulſaretur. Dari igitur debet, etſi impetrata dimenſio ſeſe ultra temporis definitionem proferat.* Sed illud notandum eſt, quod ſubiicit, etſi alias petenti actori dilatio denegetur: tamen cum in hac reus hanc impetravit, etiam actorem in requirendis probationibus illa ſuo iure uti poſſe. Sunt iſta quidem a Conſtantino conſtituta de reſtitutione in integrum: ſed cum in aliis actionibus, quæ intra certum tempus dantur, ſint omnia in eo, de quo agitur, ſimilia, rationes plane eædem; dubitari non debet, quin ad eas quoque omne ius ſuperius pertineat.

V. Videamus iam, quæ dilatio danda eſt, quantam eſſe oporteat. Et neceſſitas rei gerendæ modum dilationi facit. Petitur enim hac gratia dilatio, ut ſit tempus, intra quod rem tranſigere liceat. Nempe ergo tanta dabitur, quanta ad rem expediendam, quæ occurrit, ſit ſatis: nihil amplius. *d. L.* 1. tantummodo ut ne dilatio tempus ad actionem movendam conſtitutum excedat; de quo modo dictum eſt. Hæc autem, quanto tempore ad rem expediendam ſit opus, iudici æſtimandum permittitur: præterquam cum diſtantia locorum dilationi locum facit: quo in genere ſpatium certum definitum eſt conſtitutionibus, quod pro varietate locorum obſervetur. Extat conſtitutio Imperatorum in *d. L.* 1. *C. eod.* qua cavetur, ſi ex ea provincia, in qua agitur, vel perſona vel inſtrumenta poſcentur, non amplius, quam tres menſes indulgeantur. Si vero ex continentibus provinciis, ſex menſes: in tranſmarina dilatione, ut novem obſerventur.

VI. Sed animadvertendum puto, hoc ſpatium ita eſſe ſuperiore lege conſtitutum, ut id quidem iudici excedere non liceat: cæterum non eſſe eiuſmodi, quo brevius a iudice ſtatui non poſſit, ſi locorum propinquitas aliud deſiderabit. Quid enim, ſi ex eadem provincia ita petentur teſtes, aut inſtrumenta, ut tamen petantur in eadem urbe, ubi agitur, aut ex finitimis locis? an tres menſes dabimus ad teſtes producendos, inſtrumentaque proferenda itidem, ut dantur, cum ab extrema provincia eadem iſta poſcentur? Neque hoc æquum eſt, & fieri prohibet eadem conſtitutio, quæ in extremo vult ita tribui dilationem, ſi neceſſitas deſideratæ inſtructionis exegerit. Quid ſex menſes? an iſtos quoque dabimus ei, qui inſtrumenta, aut teſtes requirat ex continenti provincia, ſi ea provincia non longe aberit, aut erit etiam in confinio eius loci, in quo agitur? Repugnat & hic ſententia conſtitutionis. Itemque de tranſmarinis locis dicendum eſt, ut moderamen, de quo ſupra dictum eſt, in remotiſſimis locis obſervetur: in proximis autem, aut non multum remotis, non item.

VII. Quod ſi dilatione ſemel data, quæ ſatis eſſet ab initio, iterum alia poſtuletur, vel, quod idem eſt, petatur, ut prorogetur dilatio. (Id enim erat tertium, de quo in hoc genere quæri diximus) non idem hic ſervatur quod tunc, cum de dilatione ab initio danda agitur: alias namque ſine alia nova cauſſa datur dilatio ſæpius, quaſi priores dilationes non ſuffecerint. Alias non datur quidem ſine cauſſa: ſed in hac cauſſa æſtimanda aliud ſpectamus, quam neceſſitatem eius prorogandæ. Principio hic ſeparantur pecuniariæ cauſſæ a capitalibus ita, ut in illis ſæpius dilatio ſine cauſſa non detur: in his dari poſſit ſæpius: de quo ita Paulus in *L. ult. D.* de fer. & dil. *In pecuniariis,* inquit, *cauſſis omnibus dilatio ſingulis cauſſis plus ſemel tribui non poteſt. In capitalibus autem reo* [3] *tres dilationes, accuſatori duæ dari poſſunt. Sed utrumque cauſſa cognita* Differentiæ ratio in reis minus eſt obſcura. Humanitas enim poſtulat, ut in capitalibus cauſſis agatur mitius; propter periculum capitis videlicet, quod his imminet. In actoribus eſt difficilior ad explicandum. Cur enim favetur etiam accuſatoribus in capitali cauſſa, cum dici ſoleat res odioſas, cuiuſmodi eſt accuſatio, non eſſe adiuvandas? *L. cum quidam, D. de lib. & poſt.* Sed hæc cauſſa eſt, quod in accuſatione publica non tam habeatur accuſatoris ratio, quam publicæ utilitatis. Pertinet enim ad exemplum, utilitatemque publicam, delicta nocentium & detegi & coerceri. *L. ita vulneratus, D. ad leg. Aquil. L. eum, qui nocentem, D. de iniur.* adiicit Paulus, ſed utrumque cauſſa cognita: quod hanc ſen-

3) Plus enim merito reo indulgetur, vid. *ſupra Lib.* 17. C. 12. N. 15.

ſententiam habet: Utrumque ſuperius, quod dixerat, ita verum eſſe, ut tamen in eo cognoſcere debeat iudex, qualis res & cauſſa ſit, de qua agitur, & ex eo æſtimare, an ſemper ita fieri debeat, non aliter: quod & oratione Marci Imperatoris expreſſum eſt, ut refertur in *L. oratione*, *D. de fer.* In capitalibus contra poſſe plures denegari, tam reo, quam accuſatori: & hoc rurſum, ſi cauſſa ſit, cur denegentur: quam iuſtam cauſſam in utroque cauſſarum genere incidere poſſe innuit. Cæterum cauſſa nulla interveniente, cur ſecus debeat fieri, quam prius definiverat, in ea definitione manere oportere.

VIII. A qua tamen ſciamus adulterii crimen excipi. De quo idem Paulus ita ſcribit in *L. in crimine*, *D. ad leg. Iuliam* de adul. *In crimine adulterii nulla danda dilatio eſt: niſi ut perſonæ exhibeantur, aut iudex qualitate negotii motus hoc cauſſa cognita permiſerit*. Nimirum in hoc crimine non hoc tantum ſed & alia pleraque ſingularia pro utilitate communi recepta eſſe conſtat; argumento eſt inter cætera *L. tranſigere*, *C. de tranſact.*

IX. Nunc quæ hic cauſſæ ſint, quæ contra, quam Paulus ſupra definierat, fieri ſuadeant, cognoſcamus. Et cur in pecuniariis cauſſis iterum dilatio dari debeat, duæ ſunt, ut opinor, [4] cauſſæ. Una, ſi dicatur per eum, cui tempus datum erat, non ſtetiſſe, quominus per id tempus perageret illud, cuius gratia dilatio iterum poſtulatur: ſed aut caſum, aut ignorantiam ei obſtitiſſe. Caſus eſt, ſi proficiſcentem ad teſtes quærendos, vel inſtrumenta, aut inde redeuntem vel valetudo, vel tempeſtas, vel vis hoſtium, latronorumve impedivit: hi caſus omnes, & ſi qui ſunt ſimiles, iuſtam habent excuſationem. *L. 2. § ſi quis in iudicio*, *D. ſi quis cautio*. *L. ſi quis*, in fin. & *L. ſeq. D. de eden.* In quo numero haberi debet is caſus, quem ponit Calliſtratus in *L. interdum*, *D. de iudic.* ſi is, penes quem erant inſtrumenta, poſtea Reipublicæ cauſſa abeſſe cœperit, vel cum abeſſet in initio, diutius abfuerit, quam ut ſufficeret dilatio, quæ primo ad eum exſpectandum data eſt. Obſtat autem iuſta ignorantia ſucceſſori, ne dilatione data utatur, cum ea data eſt domino litis, qui decedens rem reliquit ei, qui aut quid actum eſſet, aut in iudicio inſtituto, num quænam dilatio data eſſet, ignoravit. *Illud videndum*, inquit, Ulpianus, *ſi defunctus aliquam dilationem acceperit propter inſtrumenta, an ſucceſſori quoque eius dari debeat: an vero quia iam data eſt, amplius dari non poſſit. Et magis eſt, ut hic cauſſa cognita dari debeat:* hoc ille in *d. L. oratione*. Cauſſa dandi, quam intelligit, ea eſt ignorantia, quam dixi. Quæ ſemper in heredibus eſſe exiſtimatur, quamdiu nihil contra doceatur. *L. qui in alterius*, *D. de reg. iur.* Altera cauſſa dilationem proferri ſuadet ex perſona litigantium; quam & ipſam poſuit Calliſtratus eodem loco, id eſt in *L. interdum*, *D. de iud.* Ait interdum ex certis perſonis ſuſtineri cognitiones: & id explicans, ex reſcripto quodam divorum fratrum, verba hæc reſcripti ſubiicit. *Humanum eſt propter fortuitos caſus dilationem accipi:* veluti cum pater litigator, Filium, vel Filiam, vel uxor virum, vel filius parentem [5] amiſit. In quo Imperatorem arbitror iuſti doloris rationem habuiſſe, qui quominus de rebus noſtris ſerio cogitare poſſimus, obeſſe cenſuerit. Ut ſi exemplum ad certam præceptionem conferatur, intelligatur Calliſtratus hoc dicere, etiam tum, cum nulla naturæ neceſſitas cogit rem differri, tamen humanitatis cauſſa ex perſona litigatorum ſuſtinendas eſſe cognitiones, quoties dilatione data iuſtus dolor poſtea incidens non patiatur eos animo ſedato de cauſſa cogitare. In quo erit iudicis, eo uſque differre cognitionem, donec videbitur dolor remitti poſſe. Puto autem ſolam hanc cauſſam non ſufficere, ut detur dilatio in ea re, in qua per rerum naturam non ſit dilatio neceſſaria: quid enim obſtet litigatori, quominus dicat, aut reſpondeat, quod dicere & reſpondere poteſt in præſen-

4) Non niſi urgentiſſima ratio flagitaverit *L. 1. in ſi. C. h. t.* Hinc tradunt dilationem probatoriam omnem peremptoriam eſſe, etſi in aſſignatione non adiecta verba; & *peremptorie*, Petr. de Ravenna *Sing.* 131. Gail. 1. *Obſ.* 91. *n.* 2. Scaccia fuſe 2. *de Iud.* 3. *n.* 21. & *ſeqq.* Enimvero ut ſtatus noſtrorum iudiciorum ſe habet, non iniuria conqueritur Vigel. *Paradox.* 9. *poſt Dialect. iuris*, & Obrecht. *de iuram. cal.* C. 10. *n.* 34. hoc pragmaticis hodie paradoxon eſſe, cum ſæpe 20. & plures dilationes dari ſoleant, non tantum ad probandum, ſed & ad excipiendum, replicandum &c. idque ex cauſſis leviſſimis. Unde iuſtæ de protelatione litium querelæ. Cui quibus modis occurri poſſit A. Fab. *Lib.* 9. C. *ſui t.* 22. Ventura de Valentiis *Parthenii litigioſi Lib.* 2. 1919, ſed & dilationum materiam amputandam eſſe cenſet, Scaccia *d. C.* 3. *n.* 49. Gail. *d. Obſ.* 91. *n.* 2. Etſi non convenire videantur quæ, ead. *Obſ.* *n.* 7. ubi nunquam ſe meminiſſe ſcribit 2. vel 3. dilationem in Camera negatam fuiſſe. Nec plures ſolum dilationes receptæ, ſed & earundem prorogationes. Quæ tamen ante lapſum terminum peti debent, vid. Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 14. *n.* 9. & *ſeqq.* Licet in ultimo momento prioris temporis prorogatio fieri poſſit, ut ante lapſum illius facta dicatur Tiraq. *de Retr. conv.* §. 5. *Gl.* 7. *n.* 41. etſi id in tempus noctis incidat, *ibid.* *n.* 42.

5) Aut ſi horum aliquis in graviorem morbum delapſus cuius curationem negligere periculoſum. Qua de re ſcite Ian. Langlæ. 1. *Semeſtr.* 2. *P.* 18. & *ſeq.*

ſentia? Dicendum eſt igitur, huic ſolum tunc locum eſſe, cum res natura dilationem poſtulat, ita ut huic quoque neceſſitati ſuperior caſus adiungatur. Unde eveniet, ut hic caſus accedens facere dicatur, non ut ſimpliciter detur dilatio, ſed ut quæ dari debuit, detur amplior.

X. Has cauſſas poſtulandæ iterum dilationis certum eſt, ab eo afferri, qui dilationem poſtulet: quo fit, ut cum dicet in eo ita, aut ita rem ſe habere, id quoque probare debeat, iuxta regulam iuris. *L. 2. D. de prob.*

XI. Cur vero in capitalibus cauſſis plures dilationes non dentur, una cauſſa eſt, ſi dicatur eius, qui plures poſtulet, culpa factum eſſe, quominus intra præfinitum tempus, quod ſatis erat, rem perficerit. Sic enim ſtatuendum eſt, omnium cauſſarum tam capitalium, quam pecuniariarum commune hoc eſſe debere, ut qui dilationem in his iterum poſtulat, nnn audiatur, ſi per eum ſteterit, quominus conſtituto tempore, quod ſatis eſſet, uteretur: ſcilicet ut ubique ei negligentia aut etiam contumacia ſua noceat. Cur enim impune illuſerit iudici, aut cnr eius factum noceat adverſarin? quorum utrumque ut iniquum leges repudiant. *L. ſi prætor, D. de iud. L. factum D. de reg. iur.* Sed hoc intereſt, qund in capitalibus cauſſis, ut reus, vel accuſator plures dilationes impetret, nihil cauſſæ affert, de qua dubitetur. Quapropter nec ullum onus probandi in eo ſuſtinet. Solus eſt adverſarius, qui culpam ei obiicit, ne iterum dilationem accipiat. Hanc culpam cum dicat interveniſſe, ipſe eſt, qui probare debeat. Qund utrumque in pecuniariis cauſſis contra ſe habere diximus.

XII. Illud, quod erat quartum, ex iis quæ dicta ſunt ſua ſponte intelligitur: cum enim certi iuris ſint, quæcunque deſiderant cauſſæ cognitionem, ea niſi pro tribunali expediri nnn poſſe. *L. 3. §. ſi cauſſa, D. de bon. poſſ.* perſpicuum eſt dilationem omnem, quæ cauſſa cognita danda eſt, non de plano loco, neque a procedente iudice recte dari: ſed pro tribunali dumtaxat; quod & cautum eſt in *L. a procedente, C. de dilat.* adiecta nominatim ſuperiore ratione, cur alibi dari non debeat.

XIII. Sed cum hæc iudicem dicamus præſtare oportere, quid fiet, ſi contra, quam ille iubetur, aut dilationem denegabit, ubi ea opus eſt, aut dabit, ubi non eſt opus? item ſi eo loco horum alterutrum faciet, ubi non oportet? non temere eſt, qund in hoc loco quærendum putemus. Non enim ſic iſta exiguntur, ut ſi iudex contra fecerit, ſit impune. Alioqui fruſtra exigerentur: atque etiam, quod ius de his conſtitutum eſt, ius non erit. Rurſum ſi remedium quærimus, non facile occurrit, quomodo iure adverſus hanc iniuriam litigatoribus conſulatur. Primum, nullam hic pœnam adverſus eum, qui contra faciat, proprie conſtitutam eſſe videmus. Tum autem quæ ordinaria remedia ſunt ad iniuriam iudicis prohibendam, ea nos hic deficiunt. Sententiam iudicis iniuſtam, ſi contra leges nominatim lata ſit, ipſo iure nullius momenti eſſe dicimus: ex quo evenit, ut ei remota etiam appellatione impune non pareatur: ſi ea aperte contra leges lata non ſit, valet illa quidem ipſo iure: ſed ita, ut ab ea poſſit appellari, quo iniquitas ſententiæ a ſuperiore iudice corrigatur. Nihil horum valet adverſus interlocutionem iudicis de dilatione danda, aut deneganda. Etenim ſi contra ius nominatim dilationem dederit iudex, aut denegaverit: (finge dediſſe ſex aut novem menſes nominatim ad quærendos teſtes, aut inſtrumenta, quæ ſunt in eadem provincia: aut in capitali cauſſa reo denegaviſſe plures dilationes, cum ita diceret, cum ſit reus improbus, & capitalis cauſſa, ideo ſe illi plures denegare) nihil hic proficiemus, ſi dixerimus id iure pro non dicto haberi: nihilominus enim iudex, quod dixit, invitis omnibus, exſequi poteſt: cuius eſt in poteſtate perſeverare in iniuria, quam facere cœperit, vel quæſtionem ſtatim dirimendo ubi dilationem denegavit, vel cognitionem ſuſtinendo, ubi dilationem dedit. Si in dilatione danda, denegandave nihil aperte contra ius fecit, ſed tantum contra ius litigatoris, poſſet hæc iniuria appellatione corrigi; ſi quidem ab ea interlncutione appellaretur. Nunc autem iure Romano non eſt, niſi adverſus ſententiam prodita appellatio. *L. 2. D. de app. rec. vel non.* adverſus interlocutionem de dilatione non eſſe conſtat, *arg. L. a procedente*, in fin. *C. de dilation.* Id iuſtis de cauſſis: de quo ſuo loco dicetur. Quid ergo fiet? Dicendum eſt, ſi iudex dilationem iniuſte denegarit, iniuriam hanc ante ſententiam vitari non poſſe; ſed poſt ſententiam ita poſſe corrigi, ut ſi ea denegatio cauſſæ damnum attulit, dum per eam efficitur, ut litigator intentionis ſuæ fidem implere non poſſit, iure a ſententia iudicis appelletur. Hoc amplius & ſi appellatum non erit, ordinarium in eo remedium proditum eſt adverſus iudicem, qui

male

Digitized by Google

male iudicavit, ut teneatur actione in factum in tantam pecuniam, quanta iudicanti æqua videbitur. *L. ult. D. de extr. cognit.* Quod ſi iudex aut dilationem dedit, ubi opus non eſt, aut dedit largiorem iuſto, facit quidem is non recte, neque ex officio, quanvis in eo nihil peccet amplius, quam quod cognitionem differat non neceſſario: ſed tamen videtur eſſe impune, niſi aut per dilationem fruſtratoriam efficiatur, ut tempus ad iudicia exercenda conſtitutum exeat, aut damni aliquid per cauſſam iniuſtæ dilationis adverſarius ſentiat. Veluti, ſi inter moras res petita perierit, vel corrupta ſit, & ob id ſententia iudicis reus ſit abſolutus. Quorum in altero pœna nominatim conſtituta eſt in *L. properandum, §. ſin aut utraque, C. de iud.* In altero non minus quam ſupra a ſententia appellari poteſt, aut adverſus iudicem agi: non enim is iuſte iudicavit.

XIV. Sane ſi in loco tantum dandæ dilationis peccavit iudex, dum eam alibi, quam pro tribunali, vel dat vel denegat, aliud quiddam dici poteſt. Si enim dilationem denegavit procedens: quoniam in eo aperte contra ius fecit: perinde habebitur dilatio, quaſi nec denegata eſſet. *arg. L. non dubium, C. de legi.* cui conſequens eſt, ut litigatore cauſſam non exſequente, quanquam iudex ſententiam poſtea dixerit, ea tanquam cauſſa non cognita, lata, nullius momenti habeatur. *L. ex ſtipulatione, C. de ſent. & int.* ut conſequens ſit & illud, ad eam ſententiam reſcindendam ne appellatione quidem opus eſſe. Quod ſi iudex dilationem alio loco dedit, quoniam & hæc pro non data eſt, eveniet ut ſi ab eo, qui accepit, dilatio contempta fuerit, poſſit is & aliam pro tribunali petere: quæ ſi ei denegetur, non aliter de ea iudicandum ſit, quam ſi dilatio ab initio denegaretur.

XV. Reſtat, ut data dilatione ſciamus, quos dies velit ius in ea numerari, de quo breviſſimum eſt, quod conſtituit Conſtantinus in *L. 3. C.* de dilat. *Feriæ autem,* inquit, *ſive repentinæ ſint, ſive ſolemnes, dilationum temporibus non excipiantur, ſed his* 6 *connumerentur.*

CAP.

6) Et ita terminus probatorius continuus. Niſi tot eſſent feriæ, quæ totum vel maiorem partem dilationis abſorberent, Ioſeph. Cumia. *Practica Syndicatus C. 13. n. 9. & 10.* Ioan. Monac. *Pract. iudic. P. 5. §. 1. C. 2. n. 30. & ſeq.* Confer. Gail. 1. *Obſ.* 140. *n.* 4. & 2. *ſeqq.* Num autem dies termini computatur in terminum? Vid. hinc inde Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 11. *n.* 47. Horat. Carpan. *Statut. Mediolan. C.* 103 *Vol.* 1. Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. h. T. Reſol* 1. Contard. *in L. diffamari Cap.* 5. *n* 90 & *ſeqq.* Gœd. *ad L.* 133. *de V. S. n.* 2. (ubi pro affirmativa plures LL. adducit) P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. iudic. C.* 18. Mynſ 5. *Obſ.* 15. qui negativam communem ac in Camera receptam vocat, Otto Meland. *Comm. Cameral. P.* 7. *fol.* 90. quem adi. Ceterum more Romano dies a media nocte incipit &c. *L. more* 8. *D. h. t.* Ad cuius explicationem vid. Cuiac. 15. *Obſ.* 32. Alciat. 10. *Parerg.* 3. Robert. 1. *Sent.* 1. Pollet. *Lib.* 1 *Hiſt. fori C.* 9. Leonin 5. *Emend.* 3. Alb. Gentil. *de Diu. temp. appell. C.* 5. Gœd. *ad L.* 2. §. 1. *de V. S.* Confer. Galzott. Martius *de Doctrina promiſſoua C* 37. Cornel. Vitell. *de Dierum menſiumque obſervatione* (*Parte* 1. *Theſauri Critici*) Eryc. Putean. *Genial, ſermon. pag.* 23. & *ſeqq.* Alex. Picolhomin *Lib.* 3. *Sphara C* 8. Rationes varias refert Plutarch. *Problem Roman. C.* 84. Inepte vero Nicol. Carbon. *Lib.* 3. *Practica C.* 4. *n.* 46. eam eſſe putat, quod media nocte Salvator natus ſit.

C A P. VII.

De Feriis.

Feriæ dilationibus affines; quatenus ab illis differant. I.
Ferias ad temporalium præſcriptionum genus pertinere; ideoque huius loci etiam proprias. II.
Has a ſolo principe conſtitui; extraordinarias eſſe, ſeu temporales; & ſolemnes ſive perpetuas. III.
Tempora feriarum ſolemnium certa eſſe oportere. Eorum genera quatuor, & quæ ſint. IV.
Feſtorum dierum feriæ quid permittant aut vetent: an valeat, quod contra ea actum fuerit. V.
Dies principis natalitios eodem iure haberi ac feſtos dies. VI.
Ferias meſſium & vindemiarum, item nundinarum ceſſare adverſus volentes; ſervari adverſus invitos. VII.
Nec tamen in cauſſis fiſci, & liberalibus, & in perituris rebus ſervari meſſium & vindemiarum ferias. VIII.
Feriæ nundinarum quas cauſſas, & perſonas afficiant. IX.

I. UT de feriis hoc loco agerem, minus fortaſſe idonee, dilationum, de quibus proximo capite diſſerui, & feriarum ſumma ſimilitudo ac prope cognatio ſuaſit; ſunt enim feriæ dilationis quædam ſpecies. Per ferias enim iudicia & iura omnia differuntur. *L. omnes dies, C. h. tit.* Sed dilationes proprie appellamus, cum ſingulæ lites differuntur, ut ſupra demonſtratum eſt. Utræque eam vim habent, ne interim dum feriarum aut dilationum tempora durant, iudicio agatur: ſed illæ, ne ullo iudicio agatur; hæ, ne agatur iſto, in quo conceſſæ dilationes ſunt. Differunt autem, quod quidem ad rationem ordinis atque inſtituti noſtri pertinet: quod dilationum uſus omnis poſt litem conteſtatam eſſe ſoleat: tunc enim dilationes primum a iudice litigatoribus dantur, cum iudicium iam eſt conſtitutum: quod fit litis conteſtatione. Quare de dilationibus commodiſſimo & maxime ſuo loco egimus, poſtquam de litis conteſtatione expoſueramus, & prima cauſſæ cognitione, in quam vix ingreſſus iudex dilationes concedit litigatoribus ad ſuum ius allegandum ac demonſtrandum. Feriæ contra, ne lis ulla conteſtetur, efficiunt; imo [1] ne in ius reus vocetur, ne [2] edatur actio: quæ duo litis conteſtationem præcedunt: pertinentque feriæ potius ad [3] præſcriptionum illud genus, quibus actorem repellimus ne nobiſcum agat, ut præſcriptio fori, ac ſimiles.

II. Tales a tempore præſcriptiones quatuor ex cauſſis ſive generibus ſumi reperio, quarum una eſt hæc de qua nunc agimus, feriarum. Aut enim convenit, ne

1) Sane ſi ad diem feriatum, ut eo veniat, quis citetur, etſi citatio emiſſa die non feriato quin contumax non fiat, expeditius eſt *L. 2. in fin. Si in ius voc. non ier.* Ac ſi feriæ ſacræ, ipſo iure non valet citatio, ſin aliæ, tenetur eo die comparere citatus, ſed procedi nequit niſi die ſequente, Coler. *ad Cap. 2.* iunct. *C. dilecti* 8. *extra de Except. n.* 32. Quanvis Gail. 1. *Obſervat.* 53. *n.* 2. diſtinguit ut tunc iure nulla ſit, cum ipſa citatione nominatus eſt dies feſtus, exempli gratia, dominicus, ſecus ſi dies citationis in eum incidat, ubi ſequenti die procedendum. Et quod ſequenti die venire teneatur, tradit Boer. *Deciſ.* 235. *n.* 3. Quin & eo ipſo die feſto ut veniat iuberi poſſe addito, ut ſequente die procedatur, Rolant. *de Commiſſar. Parte* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. *n.* 21. Ex uſu autem apponi ſolet clauſula ſi is incidat in feriatum ſequente die, Gail. *d. Obſ.* 53. *n.* 2. Coler. & Aulant. *d. loc.* Ea uſu omnium Curiarum Galliæ Citationem talem valere, ſed diem prorogari, P. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 23. Et quod a Principe citatus feriato die venire debeat, cum feriæ ſint Iuris civilis, cui Princeps derogare poſſit, Chaſſanæ. *Catal. gloria mundi P.* 5. *Conſid.* 24. *n.* 42. Quod intellige de non inductis ipſo iure divino. Plura de his pete ea Matheſilan. *ad L.* 4. *C. Quom. & quan. iud. n.* 3 *&* 5. Viv. *Lib.* 2. *Deciſ.* 274. *n.* 13. Wurmſer. *Tit.* 6. *Obſ.* 13. *n.* 7. Maranta *P.* 6. *Tit. de Citat n.* 119. *& ſeqq.* Io. de Arnono *Pract. C.* 16 *& ſeqq.* Io. Pels *Proceſſ Tit.* 12. n. 66. *& ſeqq.* Rotbach. *Diſſ. iur. civ. & Canon. Lib.* 3. *Tit.* 7. n. 1. *&* 2. Nom autem die feriato decerni poſſit, item nom inſinuari vel exſequi, minus convenit. Utrumque ceu communius, affirmat Gail. 1. *Obſ.* 53. n. 5. *& ſeqq.* quia & actus citationis extraiudicialis, & exſecutio facti ſit, cauſſæ cognitionem non requirens. Ac quod exſequi liceat etiam die feriato in honorem Dei, Veſtr. *Lib.* 4. *Pract. C.* 3. n. 6. Sed contrariam communem vocat Gravat. *in Annot. ibid. n.* 13. vid. Tiraq. *de Retr. lignag. ad fin. tit. n.* 79. *&* 2. *ſeqq.* Certe quoad dies feſtos negative iure verior, per tex. *L. ult.* §. 1. ibi: *cunctis exſecutionibus*, & ibi: *nulla admonitio*, & ibi: *præconis &c. C. h. t.* Quid quod nec Iudæi Sabbatis aliiſque feſtivitatibus ſuis in ius vocantur *L.* 2. *L.* 13. *C. de Iudic. L. ult. C. Th. h. tit. de feriis*, Photius *Nomocan. Lib.* 7. *C.* 4. Nec iiſdem Chriſtianos ipſi vocant *dd. LL.* Baptiſta de S. Blaſio *Tract. Correlativarum C.* 3. n. 4.

2) Quod in feriis ad honorem Dei admittit Maranta *Parte* 6. *Membr.* 3. *de Libel. n.* 19. *&* 2. *ſeqq.* ac ibi Foller. in aliis ſecus, per *L.* 11. §. 6. *ad L. Iul. de adult.* vid. Bover. *Sing.* 10. *n.* 12. Guid. Pap. *Q.* 215. Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 14. Ayrer. *Proceſſ. P.* 1. *C* 5. *Obſ.* 6. *n.* 16.

3) Opponi tamen poteſt hæc exceptio etiam poſt litem conteſtatam, Wurmſer. *Tit.* 11. *Obſerv.* 2. Quin etſi non oppoſita, acta tamen nulla in feriis quæ publicam cauſſam habent, Weſenbec. *ad Rubr. C. h. t. n.* 40. vid. *infra Lib. X.*

Digitized by Google

ne quod debetur, interim peteretur: unde exceptio pacti conventi adverſus agentem, exceptio, dilatio. *Inſtit. de excep.* differt enim iudicium, dummodo de ea conſtet, nec probari opus ſit, ut alibi dictum. Aut eſt dilatio iure conſtituta: puta ei, qui in ius vocatus eſt. Hæc vero una data eſt omnibus ad deliberandum prius, quam cogantur in ius venire, aut reſpondere adverſario, nempe viginti dies: de quo ſupra etiam a me expoſitum eſt. *lib.* 23. *C.* 2. Aut aliud iudicium cœptum eſt, cuius hæc eſt conditio, ut eo nondum peracto id inſtitui non poſſit, quod nunc intenditur. Quo pertinet etiam in iure Pontificio Titulus de ordine cognitionum, poſt titulos de Dilationibus ac de Feriis collocatus. Aut denique eo tempore, quo experiri quis vult, iuſtitium eſt; id eſt feriæ, & a iure iudicioque publico vacatio. De quibus nunc agam propter affinitatem, quam ſupra dixi, dilationum: quaque factum eſt, ut in Digeſtis unus eſſet de feriis & dilationibus titulus, in Codice poſt titulum de dilationibus continuo ſubiiceretur titulus de Feriis: ut hæc tractatio non fuerit temere a nobis disiungenda: quod pari ratione obſervavimus in Edicto de Edendo, ut monui ſupra *lib.* 23. *Cap.* 7.

III. Ferias, ideſt publicam vel a negotiis omnibus, vel a litigando & iudiciis [4] remiſſionem dies quidam habent: hi videlicet, per quos ſint a principe conſtitutæ feriæ. A principe, inquam, huic enim ſoli licet hodie ferias condere, præterea nemini; ne ſi iudex quidem ſit, aut magiſtratus, [5] *L. a nullo*, *C. de fer.* Quibus diebus ſint conſtitutæ, videndum eſt. Et ſunt feriarum [6] quædam extraordinariæ, & temporales; quædam ſolemnes & perpetuæ. Temporales ſunt, quæ pro [7] re nata temporis tantum cauſa indicuntur a principe, extra conſuetum ordinem, & morem videlicet: veluti [8] ob rem a principe proprie geſtam, vel in honorem prin-

4) Quieti dies a iudiciis civilibus, Cuiac. *Par. D. h. t.* vel vacui ab actibus iudicialibus, ut Vult. 2. *Iuriſpr.* 30. *n.* 40. Unde Plaut. *in Caſina Prologo* Alcedonia circa forum vocat. Græci *ἀπράκτους καὶ ταραχῆς ἡμέρας* Cuiac. *de Div. temp. præſcript. C.* 3. Accuratius definit, ac deſcriptionem Cuiacii ſuggillat; quod regulariter ſolum vera ſit, non perpetuo, Alberic. Gentil. *de Diverſ. temp. appell. C. ult.* ubi vide Dictæ a feriendis hoſtiis, Feſt. *Lib.* 6. Weſ. *Par. h. n.* 2. *& ad h. t. C. n.* 2. Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 1. Teſſaur. *Deciſ.* 39. *n.* 11. Omnes autem dies præter feriatos iuridici *L.* 7. *pr. C. h. t.* Qui & vocantur communes *L.* 2. *C. de ſtatuis & imag.* iudiciarii Capitolin. *in Antonino* Pollet. 1. *Hiſt. fori* 9. dies ſeſſionum *L.* 2. *§.* 1. *Quis ordo in bo. poſſ.* Cuiac. *d. C.* 3. Rævard. *Protrib. C.* 2. Olim dies faſti, quibus oppoſiti Nefaſti. Quo de vid. Ovid. 1 *Faſt.* Macrob. 1. *Saturn.* 15. Turneb. 30. *Adv.* 35. Coraſ. 3 *Miſcel.* 18. Pollet. 1. *Hiſt. fori* 8 *&* 9. Ant. Aug. *de LL. C.* 9. Weſ. *ad h. t. C. n.* 4. Briſſ. 4 *Antiq.* 20. *& Lib.* 5. *Form pag.* 416. Ioach. Perion. *Lib.* 3. *de Rom. & Græc. magiſtra. p.* 422. Brodæ. 3. *Miſc.* 17. *P.* 2. *Theſ. Critici Gruteri.* In Palatio Apoſtolico tribus ſolum hebdomadæ diebus ius reddi, nempe Lunæ, Mercurii & Veneris, ſcribit Scaccia 2. *de iudic.* 5. *n.* 197. Et iure Saxonico 3. dies, Iovis, Veneris, & Saturni vacationem habere, ex *Lib.* 2. *Art.* 66. monet Zobel. *Parte* 1. *Diff.* 4. *num.* 1.

5) Sed *d. L.* 4. quia de Imperialibus feriis loquitur, & ita de honorariis, quod Donello hic 2. genus, de iis, item repentinis, intelligendam volunt Pac. 1. *Enant. Q.* 82. Bur. 6 *Sel. t.* 15. *n.* 5. Peguera *Dec.* 53. *n.* 1. Quas ipſas tamen olim Prætores & Conſules pro arbitrio poteſtatis indicebant, ut Macrob. 1. *Saturn.* 16. Suet. *in Claudio*, vid. Rævard 5 *Var.* 19 Perion *d. Lib.* 3 *p.* 388 P. Greg. *Com. in Synt. art. mirab. Lib.* 4 *C.* 66. *p.* 830. Quin Weſ. *Par. h. t. n.* 4. indictionem ſolum adimi *d. L.* 4. iudicibus pedaneis & municipalibus magiſtratibus, non autem minoribus. Cui tamen & verba & mens ac ratio *d. L.* 4 reſiſtunt. Plane etſi generaliter accipias *d. L.* 4 tamen ei non contraria *L.* 4 *D. h. t. L.* 7 *pr. de off. proconſ.* Aliud enim condere ferias *d. L.* 4. *C. h.* id eſt de novo indicere, ſive ordinarias quæ in poſterum valituræ, ſive repentinas. Aliud iam ante lege vel a Principe inſtitutas moderari, ut *d. L.* 4 *D. h. t.* Ubi Præſes non efficit, ut nullum ſint feriæ, ſed prout uſus regionis eas fert, tempus illis conſtituit, quando incipere aut finiri debeant, Weſ. *d. n.* 4. A. Fab. *ad d. L.* 4. Enimvero & ab inferioribus magiſtratibus ſtatutæ feriæ intra fines territorii ſui valebunt, Weſ. *d. n.* 4. *& ad Rub. C. h. t. n.* 11. Roſbach *Proceſſ. Tit.* 38. *n.* 7. Nam & olim privatæ ac familiarum propriæ feriæ fuerunt, Macrob. 1. *Saturn.* 16. P. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 3. Teſſaur. *Deciſ.* 39. *n.* 8.

6) Et ita Weſenb. *Par. h. n.* 3. Ayrer. *Proceſſ. P.* 1. *C.* 5. *Obſ.* 6. *n.* 1. Roſbach. *Proceſſ. Tit.* 38. *n.* 3. Sibrand. Siccama *Lib.* 2. *de Iud. Centumv. C.* 1. Tametſi autem aliis prior partitio in divinas & humanas, ſeu ſacras ad honorem Dei, ac profanas in utilitatem hominum inſtitutas, atque has in ordinarias & extraordinarias ſubdividunt Zaſ. *in Par. D. h. tit. n.* 1. Duaren. *ad h. tit. D. Cap.* 1. Monach. *Pract. P.* 5 *§.* 2. *n.* 5. *&* 6. add. Pollet. 1. *Hiſt. fori* 8. *pag.* 60. Commodius tamen illa in repentinas & ſolemnes prior partitio ſtatuitur, (ut hæ in ſacras & profanas deinde dividantur;) Tum quia ea in ipſis LL. habetur *d. L.* 26. *§.* 7. *Quibus ex cauſſ. mai. L.* 3. *de dilationib.* tum quia maior fere inter eas oppoſitio quoad præſentem materiam, tum quia & feriæ extra ordinem in honorem Dei indici poſſunt ad gratias ei agendas, vel iram eius placandam, ut dies ſupplicationum & precationum. Macrob. 1. *Saturn.* 16. feriarum publicarum 4. genera refert, Stativas, Conceptivas, Imperativas & Nundinas, vid. Perion. *Lib.* 3 *de Roman. & Græc. magiſtrat. pag.* 387. *& ſeqq.* Pollet. 1. *Hiſt. fori* 8. Petr. Gregor. 2. *Synt.* 16. *n.* 3. *& ſeqq.*

7) Unde dicuntur repentinæ *L.* 3. *C. de dilationib.* Weſenbec *Parat. h. n.* 3. Teſſaur. *Deciſ.* 39. *n.* 5. Speck. *Cent.* 1. *Q.* 61. Pollet. 1. *Hiſt. fori* 8. quia repentino aliquo caſu indicuntur & ex numero dierum iuridicorum & communium eximuntur. Unde Pollet. eos exemptos ac exhæreſimos vocari poſſe cenſet. Hæ imperativæ vocantur a Macrobio 1. *Saturn.* 16. Petr. Greg. *Com. in Syntax. art. mirab. Lib.* 4. *C.* 66. *pag.* 830. & Imperiales in *L.* 4. *C. h. t.* Siccama *Lib.* 2. *de Iudic. Centumv. C.* 1. & laudati *h. C. N.* 5. *initio.*

8) *L.* 1. *C. h. t.* Exempla pete ex *L.* 1. *C. Publ. lætitia & Conſulum Lib.* 12 *tit. ult.* Alia referunt Pollet. 1. *Hiſt. fori* 8. Annæ. Robert. 4. *Rer. iudic.* 15 *pag.* 909. *& ſeq.* ac Petr. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 12. Sed & ob calamitates publicas, ad placandas Deorum iras indici ſolebant. Quale Novendiale ſacrum, quoties lapidibus plueret, Rob. *d. C.* 15. *pag.* 910. Sicuti hodieque ieiunia & ſolemnes proceſſiones decerni a Pontificiis Præſulibus ſolent, vid. Robert. *d. loc.* & Pollet. *d. C.* 8. *pag.* 65. Sane Agell. 2. *Noct.* 28. Romanos, ubi terram moviſſe ſenſerant, edicto ferias imperaſſe narrat. Idque ſedulo obſervaſſe Claudium, refert Sueton. *in eius Vita.* Qua & ex cauſſa ſupplicationibus vacatum ſub Theodoſio II. Petr. Gregor. 35 *Syntax. art. mirab.* 34. Luctus quoque publicus viri illuſtris, ac præ cæteris meriti cauſſa indicendi iuſtitii, ut ex Tacito 1. *Annal.* ubi de morte Germanici, Lucano *Lib.* 2. Liv. *Lib.* 9. *&* 10. probant Io. Kirchman. *Lib.* 4. *de Funerib. C.* 11. & Ioan. Meurſ. *de Funere C.* 50. Quibus adde Sidon. Apollin. *Lib.* 2. *Epiſtol.* 8. *deceſſit non abſque iuſtitio.* Et its inſcriptio antiqua, quæ in magno Inſcri-

Digitized by Google

principis: 9 ſolemnes & perpetuæ ſunt, quæ ob cauſſas quæ ſunt perpetuæ, ita conſtituuntur ab initio, ut velit princeps eas per eadem tempora perpetuo recurrere ſine ulla nova principis conſtitutione. Quæ feriarum diſtinctio ſignificatur ab Ulpiano in *L. ſed etſi, §. ſi feriæ, D. ex quib. cauſ. maior.* Qui dies ferias habeant extraordinarias, nullo certo iure continetur: ac nec poteſt. Pendet enim res ex occaſionibus rerum, & ſola principis voluntate, non ſolum quando incipiant; ſed etiam quando repetantur: ut de iis nihil aliud dici poſſit, niſi in his voluntatem principis ubique eſſe expectandam.

IV. Feriarum autem ſolemnium & perpetuarum dies certos, & certa tempora non ſolum in præſentia, ſed etiam in futurum eſſe oportet. Alioqui quando recurrerent, non intelligeremus. Itaque & hæc tempora certo iure conſtituta ſunt: proinde quæ ſint, ex eo iure dicendum eſt: ſunt vero eorum temporum, in quibus placet, ſolemnes eſſe ferias, genera quatuor. Primum genus eſt 10 dierum feſtorum, ut honori tantum Dei dedicatorum. In quo numero quos placeat dies eſſe, comprehenſum eſt his conſtitutionibus, *L. 2. L. omnes dies, L. ult. C. de fer.* Et habentur etiam inter hos dies illi 11 quadraginta, qui antecedunt diem Paſchæ, quod ad criminalium duntaxat quæſtionum cognitionem attinet. Nam hæc per illos dies inhibetur. *L. quadraginta, C. eod.* Proximum huic genus eſt eorum dierum, qui ad memoriam alicuius facti celebrandam ſunt deſtinati. In quo genere placebat Romanis eſſe dies natalicios 12 urbis Romæ, & Conſtantinopolis; item ipſius Imperatoris: item eum, quo imperator imperium erat adeptus: de quibus 13 cautum eſt in *d. L. omnes dies, & L. ult.* illic, *etiamſi, C. eod.* Tertium eſt meſſium & 14 vindemiarum. *L. 1. D. eod.*

Inſcriptionum antiquarum opere a Iano Grutero edito, auſpiciis Ioſephi Scaligeri & Marci Velſeri *pag.* 493. *Mortem eius iuſtitio omnes luxerunt.* Quo reſpicit Prudent. *Cathemerinon. Hymno* 5. de Pharaonis exercitu demerſo:

Ipſos & proceres & vaga corpora.
Nigrorum videas nare ſatellitum
Atrox iuſtitium *triſte tyrannica.*

Harum autem feriarum impedimentum iuſta cauſſa reſtitutionis in integrum, per *d. L.* 26. §. 7. vid. Odd. *de Reſtit. in int. P.* 1. *Q.* 14. *Art.* 3. *n.* 25. ubi *n.* 28. idem etſi incidant in diem ultimam dilationis, niſi ut *n.* 30. facile prævideri potuerint, ut ſi multis ante diebus promulgatæ. Confer Robert. 4. *Rer. Iudic.* 15.

9) Solemnes hæ, quia anniverſariæ. Alias & ſolemne quod ita conſtitutum ut ſervari oportet. Sic ſolemnia in iudiciis *L. pen. de in int. reſtit.* munera *L.* 2. *D. de Veteran.* ſtipendia *L.* 7. *Cod. de ſi. inſtrum.* non quæ quotannis præſtantur, ſed quæ præſtari neceſſe eſt. Donell. *ad d. L.* 7. *n.* 10. *& ſeq.* Vulgo DD. referente Weſenbecio *Par n.* 3. ſolemnes ſolum vocant dies feſtos, & ab indictis ſeu ruſticis ſecernunt, ut & Damhuder. *Praxi civ. C.* 119. Ioan. Pels *Proceſſ. Tit.* 12. *n.* 78. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n.* 3. *&* 4. Sed in *d. L.* 26. §. 7. *& L.* 3. *C. de dilat.* ſolemnes ſunt omnes præter repentinas & extraordinarias. Et alias quoque ſolemne pro ordinario uſurpatur.

10) Add. *C. ult. extr. h. tit. Novell. Manuelis Comneni.* Photius *Nomocanon. Tit.* 7. *Cap.* 1. P. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 5. *&* 6. Covar. 4. *Var. Reſol.* 19. Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 128. *& ſeqq.* Qui hodie recepti ſint & in Camera attendantur, vid. Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. *n.* 1. Suanmam. *Lib.* 2. *Obſerv. Proceſſ. Cam. C.* 25. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n.* 5. Ioan. Pels *Proceſſ. T.* 12. *n.* 78. Vult. 2. *Iuriſpr.* 30. *n.* 46. De ſtativis feriis Hebræorum, P. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 5. Veterum Romanorum, vid. Macrob. 1. *Saturn.* 16. Ioach. Perion. *de Rom. & Græcorum magiſtrat. Lib.* 3. *pag.* 396. *& ſeqq.* & citati a Teſſauro *Deciſ.* 39. De feſtis Chriſtianorum pariterque Iudæorum & Paganorum Matth. Dreſſ. *Lib. de Feſtis diebus.* Stativis veterum Romanorum . . . ſimilia noſtra feſta immobilia; Conceptivis mobilia, ut Paſcha, Pentecoſte &c. Petr. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 6. *&* 7. Dreſſer. *de Feſt. diebus pag.* 4. Feſti vero dicti a feſtivitate & lætitia, Non. Marcell. *de Propriet. ſermon.* Petr. Greg. *Com. in Syntan. art. mirab. Lib.* 4. *C.* 66. *pag.* 827. Quippe non tantum ad devotionem, ſed & ad hilaritatem inſtituebantur, tanquam occeſſanum laboribus temperamentum, Seneca *Lib.* 1. *de Tranquill. animi.* Robert. 4. *Rer. iudic.* 15. *pag.* 909. Petr. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 1. Oppoſiti profeſtis ad adminiſtrandam rem privatam publicamque conceſſis, Macrob. *d. loc.* Qui latius patent nefaſtis, ſicuti feſtorum ſtrictior acceptio quam feriarum, Weſenbec. *ad h. t. C. n.* 3. Sed & apud Romanos dies quidem erant intercifi, ſacris & humanis actibus diſtinctis horis communes. Quibus poſt operam ſacris datam demum litibus vacare licebat, vid. Macrob. *d. loc.* Robert. *d. C.* 15. *pag.* 915. Pollet. 1. *Hiſt. fori* 8. *n.* 2. Quibus hodie affines dies rogationum, & ſupplicationum ſemiferiati, ut idem & Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 116. Feſti dies quomodo Iuris divini vel humani, quinam a Deo ipſo, qui ab Eccleſia inſtituti, vid. Covar. 4. *Var. Reſol.* 19. Sabbati ſane origo prima ab ipſo Deo *Geneſ.* 2. *v.* 3. *Exod.* 20. verſ. 8. *& ſeqq. &c.* Covar. *d. C.* 19. *n.* 1. *&* 2. Eius tamen loco in gloriam reſurrectionis Dies Solis, ſeu dominicus ſuffectus, Conrad. Heresbach. *Epit. Iuriſpr. Chriſtiana Edicto IV. Præcepti p.* 80. *& ſeq.* Eum ſtatum diem, quo ante lucem conveniant Chriſtiani vocat Plin. *ad Traian. Epiſt.* 97. ubi Ritterſhuſ. Quo minus utique licere debet quam feriis ad Divorum memoriam indictis, vid. Covar. *d. C.* 19. *n.* 6. Parlador. 2. *Rer. Quotid. C. fin. p.* 5. §. 4. Cuiac. *ad C.* 1. *&* 2. *extr. h. t.* Chaſſanæ. *Catal. gloria mundi P.* 12. *Conſid.* 42. Pacian. *Conſ.* 130. Briſſ. *ad L. dominico C. Th. de ſpectaculis.* De ſeptenario dierum numero & nominibus & unde ea, vid. Ian. Parrhaſ. *Epiſt.* 63.

11) *Leg. pen. C. h.* vid. Cuiac. *de Diverſ. temp præſcript. C.* 11. Quod conſuetudine non ſervari Weſenb. *ad Rubr. C. h. tit. n.* 20. Nec his operaa ſerviles vetari. Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 115.

12) Naſci enim dicuntur urbes dum conduntur, Petr. Fab. 1. *Semeſtr.* 9. *pag.* 56. Quem de his Natalitiis feſtis, vide, ut & Quiotil Mandoſ. *in Annal. Caſib. n.* 21. *& ſeqq.* Confer. Petr. Fab. 1. *Semeſtr.* 6. *pag.* 36.

13) Martial. *Lib.* 10. *Epigramm.*

Natalem colimus, tacete lites,

Plinius *Lib.* 10. *Epiſt. ad Traian. Diem, Domine, quo ſervaſti Imperium, dum ſuſcipis, quanta mereris lætitia celebravimus &c.* De qua feſtivitate pluribus Ambroſius *Sermone* 15. relatus a Ræyar. 3. *Conject.* 4. videatur & Petr. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 7. Mandoſ. *d. loc.* Cæterum ad repentinas ferias natalem huc referunt Pollet. 1. *Hiſt. fori* 8. *n.* 14. Teſſaur. *Deciſ.* 39. *n.* 5. Speckan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n.* 6. Plane Manuel. Comnenus *Imp. Orientis Nov. ſua* 2. §. 5. ſanxit ne dies Natalis ſuus, neve is quo creatus eſt feriati ſint, nec in illis inducias iudicia habeant. Sicuti nec hodie in uſu ſunt, Weſ. *ad L.* 7. *C. h. t. n.* 4. Feſta autem Sanctorum fere celebrantur non die natali, ſed eo quo mortui, quia illo renati ad gloriam, Corſet. *Sing.* 115. Covar. 4. *Var. Reſol.* 19. *n.* 9.

14) Agell. 16. *Noct.* 4. (etſi ibi pro feriæ vindemiales, feriæ denicales reponat Briſſ. *ad L. dominico C. Theod. de ſpe-*

Quibus temporibus ferias conſtitui, ut eſſet ocium, & tempus ad fructus colligendos publica utilitas, & rei neceſſitas ſuaſit. Præceps eſt enim eorum temporum opportunitas ac ſine fraude, & periculo fructuum ea vel tantillum prætermitti non poteſt. His feriis duo menſes conſtituti; nempe ſingulis [15] unus, & aliquot dies amplius. *L. omnes dies, C. eod.* Utriuſque menſis initium & modus definitus in *L. 2. C. eod.* ita tamen, ut ſi quid aliud pro vetere conſuetudine in aliquo loco obſervetur, ſit præſidis his de rebus ex conſuetudine ſtaruere. *L. 4. D. eod.* Quartum genus eſt nundinarum, ſeu publicorum mercatuum: qui modo auctoritate [16] principis exerceantur. His conſtitutione Valentis, & Valentiniani, quæ extat ſub titulo, *de nundin. & mercat. C.* hoc datum eſt, ne nundinarum tempore in eo loco, in quo exercentur, quiſquam eorum poſſit conveniri, qui [17] aliunde in eum locum venerint, nundinarum, ut apparet, cauſſa; quo magis frequententur. Id enim fiet, cum, qui ad nundinas ire velint, ſcient, per cauſſam nundinarum, & adventus ſui nihil ſibi moleſtiæ, aut moræ ad ibi conſiſtendum creatum iri.

V. His generibus cognitis, videndum, quam ſupraſcriptæ feriæ dent a iudiciis & foro vacationem; de quo nunc quærimus. Dierum feſtorum hæc eſt conditio, ut ſiquid faciat ad concordiam, & lites conſenſu dirimendas: id per eos dies recte

de ſpectac. p. 241.) Minut. Felix *in Octavio*. Sane & ad vindemiam feriæ iudiciariam curam relaxaverant, vid. Renat. Choppin *de Privil. ruſt. Lib 2. P. 1. C. 7.* Has alii ruſticas nuncupant, Dambuder. *Prax. civ. C. 119. n. 9,* Io. Pels *Proceſſ. Tit. 12. n* 83. Weſ. *Par. h. n. 3.* P. Greg. 2. *Synt.* 16 *n.* 8. & indictas Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n.* 4. Iiſdem locus etiam in iis regionibus, in quibus nullæ vites, ut eo tempore ſibi de vino commodius proſpiciant, poſt Innoc. & alios 10 *C. conqueſtus ale ext. h. t.* Catelhan. Cotta *in Memoralib. v. Feria*. Niſi vinum ibi bibi non ſoleat, ut reſtringit Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 146. Idem in feriis Cerealibus, ut teneant etiam, ubi frumentum non naſcitur, ut eo tempore aliunde perquirant, Scaccia *d. loc. n.* 145. Quare etſi poſt Bart. *in L.* 1 *C. de agric & cenſit. Lib* 11. quidam cenſuerint, militibus, advocatis, clericis aliiſque circa rem ruſticam occupari non ſolitis has ferias non prodeſſe. Contraria tamen opinio communis, Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 147. *& ſeqq.* Weſenbec. *Par. h. t. n.* 7. *& ad Rub. Cod. h. t. n.* 30. Teſſaur. *Deciſ.* 39. *n.* 10. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 62. Chriſtoph. Wintzler. *Addit. ad Proceſſ.* Ioan. Pels *Tit.* 12. *n.* 86. Quippe ſi fundos aut vindemias poſſident operariis ſuis intendant oportet. Si non poſſident, ipſis vacantibus, eorum Procuratores, teſtes, aliique quorum opera in ea cauſſa neceſſaria forte eſt, occupari poſſunt Ad hæc probi patrisfamilias eſt, eo tempore, quo fere annona remiſſior, frugibus vinoque coemptis cellam penuariam inſtruere, vid. Scaccia *d. loc.* Denique non tantum ob fructus hæ indictæ, ſed & ad requiem laborum & ob fervores æſtivos *L.* 7. *C. h. t.* Weſenbec. *d. n.* 30. His quidem accenſent ferias ſementinas quibus frumenta ſulcis mandantur, poſt Coſtal. *ad L.* 1. *h. tit. n.* 9. Ilico Ummius *Diſp. Proceſſ.* 7. *n.* 14. *in fin.* Quæ iuris tamen opinor auctoritate carent. Aliæque fuiſſe videntur illæ de quibus Ovid. 1. *Faſtor.* non longe a fine.

Ter quater evolvi ſignantes tempora Faſtos,
Nec ſementina eſt ulla reperta dies,

& quæ ſequuntur. Quibus indicat ferias eas non annales quidem, aſt conceptivas fuiſſe.

15) Sed quid eſt quod *L.* 2. *C. h. t.* certum ſtatumque tempus meſſibus & vindemiis tribuit, ut *ibi*. Aſt ut *L.* 4. *D. h. t.* id præſidibus ex conſuetudine cuiuſque loci ſtatui: Itane hæ feriæ ſtativæ & conceptivæ? Et ſunt qui adulterinam eſſe *d. L.* 2. ſtatuunt. Alciat. 6. *Parerg.* 9. (1) ex collatione, quia cum Theodoſium præ ſe ferat auctorem, non debuit præponi *L. ſeq.* 3. *&* 4. quæ ſunt Conſtantini qui prius regnavit. (2) Phraſis nimis barbara *irritatur* pro ratum non habetur (3) In antiquis codicibus non habetur. Unde nec Accurſius quidquam gloſſematis adiecit, ita Alciat et Weſenbec. *Parat. h. t. n.* 6. *ac ad d. L.* 2. qui a Gothicis Regibus, Tholoſanis & Hiſpanis, quorum cœlo id tempus magis convenit, inventam ſtatuit. Ac probant Buſ *ad L.* 4. *D. h. t. n.* 3. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 61 *n.* 4 Chriſtoph. Winzler. *Addit. Proceſſ.* Ioan. Pels *t.* 12 *n.* 84 idemque monuit Cuiac. ut not. Goth. *in d. L.* 2.) ac Cuiac. *de Div. temp. praeſcript. C.* 13. Nec alienus Briſſ. *ad L. dominico Cod. Th. de ſpectac. pag.* 442. quia nec in veteribus libris, in Codice Theodoſiano habeatur, Pollet. 1, *Hiſt. fori* 8. *pag.* 62. *& ſeqq.* Theodoſium *d. L.* 2. vim rerum naturæ intuliſſe, eadem ubique ab ea eodem tempore exigendo, cum aliæ regiones aliud ingenium ſoli habeant, nec omnia eadem tellure, pari ubertate & velocitate progenerentur. Alb. Gentil. *de Diverſ. temp. appel. C. ult. pag.* 156. ex provinciarum Imperii crebriore uſu non inepte definita eſſe tempora, *d. L.* 2. ne hic Iudicis arbitrium exquirere oporteret. Iuriſconſultos & hic alibi multa judicantibus relinquere; Imperatores non adeo multa. Hoc modo cum adhuc antilogia relinquatur, dicere malo *d. L.* 2. reſcriptam eſſe ad preces conſultoris. Qui incola fortaſſis Syriæ, Phœniciæ, alteriuſve regionis, cuius cœlo ſoloque id tempus conveniebat. Vereor enim ut pleriſque provinciis ditionis tunc Romanæ æque id fuerit conveniens. Quin & Ægyptus ac meridionaliores citerius tempus exegerunt. Nec puto in agro Tholoſano, ſeu Gallia Narbonenſi menſe Iunio meſſem incipere, cum de Roma ſua, quæ meridionalior, teſtetur Scaccia 2. *de Iud.* 5. *n.* 184. ferias eas incipere poſt 8. diem Iulii atque ita 16. diebus tardius quam *d. L.* 2. ſtatutum. Denique ex *d. L.* 4. colligi poteſt licere dominiis ditionum ſubditis ſuis uvæ colligendæ uſu interdicere ante diem ab eis indictam. Quod & apud ſuos ius eſſe teſtatur Choppin. *ſupra d. C.* 7. *pag.* 107. & in hoc diſtricto ſervari videmus. Enimvero has ferias pene ubique terrarum exoleviſſe, ſcribit Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin P.* 5. §. 4. *n.* 11 Et quod non ſerventur in regno Siciliæ & Neap. Maranta *P.* 4 *Diſtinct. iudic.* 9. *n.* 19. *& Diſt.* 16. *n.* 85 Scaccia 2. *de iudic.* 5. *n.* 177. nec apud Gallos, Choppin. *d. C.* 7. *ſub fin.* Quodque non attendantur in Curia Principis, ut qui peregre eo adventant, citius expediantur, Wurmſer. *Tit.* 13. *Obſ.* 3. Parlador. *d. loc.* vid. Aſin. *Praxi* §. 3. *C.* 7. *n.* 5. In Rota autem Romana ſic, vid. Scaccia *d. C.* 5. *n.* 185. Ordinatione Cameræ *Parte* 3. *tit.* 33. iuſtitium eſt a die 8. Iulii uſque ad 14. Auguſti, forte ob æſtivos fervores. Præter quos nullos ex hac cauſſa dies nefaſtos putat Ilico Ummius *Diſp. Proceſſ.* 7. *n.* 34.

16) Vel veterum indulto *d. L. un* id eſt, longa conſuetudine, nempe decennii arg. *L.* 1. *D. eod* quia & decennio uſus amittitur. Obiic. *L.* 2. *C. de diverſ. reſcript.* reſp. Vide Padilla *ad d. L.* 2. *n.* 3. qui varias ſolutiones refert. Recte autem Nundinæ feriis accenſentur. Quia ita olim, Macrob. 1. *Saturn.* 16 *ut ſupra N.* 7. *in fin.* Et ita Anton. Aug. *de LL. C.* 9. Alb. Gentil *de Div. temp. appell. C. ult. pag* 154. P. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 3. *& n.* 9. Diſſ. Teſſaur. *Deciſ.* 39. *n* 9.

17) Accedit *Nov. Elect. Sax.* 30. *P* 1. qua nulla arreſta iis concedi debere cavetur. Cui tamen privilegio renunciari poſſe, etſi contra videri queat, quod publica hic utilitas, ratione commerciorum vertatur, ex reſcripto Elect. Auguſti probat Moller. *ibid n.* 7. *&* 1. *Semeſtr.* 12. *n.* 2. Sane pro debitis antea contractis quoſvis ſecuros eſſe in nundinis expeditius eſt, poſt alios Coler. *de Proceſſ. P.* 2. *C.* 3. *n.* 156 Secus eſſe ſi in ipſis nundinis contractum, P Peck. *de iure ſiſt C.* 7. Quod iuri quidem conſonum putat, aſt in ditionibus Elect. Sax. non obtinere, Moller. *d. C.* 12. *n.* 4. Plura de nundinis pete ex Peck. *d. C.* 7. Moller. *d. C.* 12. *& ad d. Nov. Sax.* 30. Cuiac. *de Div. temp.*

Digitized by Google

ſte geratur. Itaque & tranſactiones & pacta his diebus interpoſita [18] rata ſunt. *L. ult. C. de fer.* Eſt enim etiam diebus non feriatis boni iudicis ſuadere litigatoribus concordiam, & tranſactione potius rem terminare, quam iudicio. *L. ex ſtipulatione, C. de ſentent. & interlocut. C. querelam, extr. de ſimon.* Licet & per eos dies emancipare, ac manumittere: quia [19] utrumque beneficii eſt, & liberalitatis. *L. 2. C. eod.* Reliquæ vero cauſ-

ſæ, vel lites ita quieſcere iubentur, ut ſi quid per eos dies lege actum ſit, placeat [20] omnibus modis eſſe irritum, ut cautum eſt in *d. L. 2.* Quod cum his verbis caveatur; apparet nec ſi quid quanvis volentibus litigatoribus actum aut iudicatum fuerit, id ratum eſſe habendum. Exceperunt Honorius, & Theodoſius, ſi quid adverſus latrones quæreretur. In quos omnibus diebus inquiri poſſe vel per tormenta [21] voluerunt; *cum*, inquiunt, *fa-*

temp. preſcript. C. 26. Teſſaur. *Decif.* 264. Sichard. *ad L. un. C. de Nund.* Robert. 2. *Rer. iud.* 16. Franciſ. Pfeil. *Conſil.* 181.

18) Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 13. Gail. 1. *Obſerv.* 53. *n.* 10. vid Scaecia 2. *de iud.* 5. *n.* 20 *& ſeq.*

19) Hæc vera ratio. Et hæc duo ſolum excepta *d. L. 2. & L. 8 C h. t.* Non autem ea ratio eſt, quia ſunt voluntariæ iuriſdictionis, ut plerique, ibem hinc ſtatuentes in adoptione, tutoris vel curatoris datione &c. vid. Maranta *P. 4. Diſt. iud* 16 *n* 86. Scaccia 2. *de iudic* 5. *n.* 96. *& ſeqq.* Ubi *n* 104. *& 2. ſeqq.* idem ſtatuit in decreto ſuper alienatione rei minoris, quia nec hic exercetur contentioſa iuriſdictio; tametſi contraria ſit communis. Oblationem quoque retractus ceu actum extraiudiciarium valere, Tiraq. *de Retr. lignag ad fin. t. n* 78. Et quicunque actus cauſſæ cognitionem non requirunt. Unde & teſtes, qui antea iuraverunt, his quoque feriis recte examinari, poſt Go. Pap *Q.* 215. Menoch. 1. *Arb. Q.* 30. *n.* 14. *& ſeq.* ac ex eo Peguera *Decij.* 53. *n.* 12. ac probat Wendelin. Hatiman *de Teſt.b C.* 4. *p. m.* 53. (quia, ait, non eſt actus iuridicialis, ſed ſeorſim & ſecreto loco ſit) Ayrer *Proceſſ. P.* 1. *C.* 5. *Obſerv* 6. *n.* 13. Scaccia 2. *de iudic.* 5. *n* 73. & pluribus Rulant *de Comm ſſar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 5. Ubi *n* 16. teſtes etiam cogi poſſe ut deponant. Sed contra Teſſaur *Decif* 93. *n.* 3. Ant Fab. *Cod ſuo h. t. defin.* 2. *n.* 7. Et recte opinor regulariter. Ubi enim neceſſitas urget, qua valetudinarii teſtes &c. admitto ob exceptionem generalem, de qua *h. C. N.* 27. Et appellationem interponi, Scaccia *d. loc. n.* 72. Ayrer. *d. Obſ.* 6. *n.* 14. Confeſſionem recipi Scaccia *d. C.* 5. *n.* 76. Inſtrumenta quoque a Notariis confici poſſe, ex communi Scaccia *d. C.* 5. *n.* 108. ut tamen iuramentum in eo adpoſitum non valeat. Fideiuſſionem tamen feriis exigi & recipi non poſſe, niſi quæ neceſſitatis vel pietatis ratio id ſuadeat, Ant. Hering. *de Fideiuſſ. C.* 22 ubi vide. Nec contractus alios quam quibus a litibus receditur celebrari, per *C. h. t.* Menoch *Arb. Q.* 30. *n.* 13. & Peguera *Decif* 53. *n.* 4. ac Weſenb. *ad L. ult. C. h. t. n.* 2. ubi mercatorum tabernas claudi debere, Facit *Nehemia* 13. *v.* 16. *& ſeq.* Nec iuramentum niſi pro pace vel alia neceſſitate *C.* 1. *h. t. C. decrevit* 17. *C.* 22. *Quaſt.* 5.

20) *L. ult. C. h. t. L.* 4. *Cod Quom & quan. iud. C. ult. extr. h. t.* Vid Maranta *P* 4. *Diſt. iud.* 16. *n* 81. *& ſeqq.* Peguera *Decif.* 53 *n.* 3. *&* 4. A. Fab *C. ſuo h. t. defin.* 1. Scaccia 2 *de Ind.* 5. *n.* 17. *& ſeqq.* Etſi coram arbitro agitur *L.* 7. *C. h. L.* 36. *de rec. arb.* vel iudice qui arbitrio ſuo procedit, Pegu *d loc n* 4 Menoch. *Arb Q.* 30. *n.* 1. Qui aliud ſtatuit, ut *ibid n.* 17. in arbitratore ut amicabili compoſitore, cum inſtar ibi tranſactionis ſit, & Weſ. *ad Rub. C. h. t. n.* 23. Rulant. *P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 5 *n* 3. vid. Scaccia 2. *de Iudic.* 5. *n.* 20. *& ſeq.* Etſi cauſſæ ſummariæ, Scaccia *d. loc. n* 23. hinc tamen plures eximent, ut *h. C. N.* 21. Nec exſecutio valet, ſive ex ſententia, ſive ex inſtrumento liquido vid. Scaccia *d. C.* 5. *n.* 91. *& n.* 135. Parlador. 2. *Rerum Quotid. C. fin. P.* 5. §. 4 Rob 4. *Rer. ind.* 15. A. Fab. *C. ſuo h. t. defin.* 3. Peguera *Decif.* 53 *n.* 3. Teſſaur. *Decif.* 95. *n.* 1. Vant. *de Nullit. ſent. ex defect. iuriſdict. n.* 131. Pignora tamen ex hac cauſſa capi poſſe, poſt Guid. Pap. *Q.* 215. Menoch. *Arbitr. Q.* 30. *n.* 16. vid. Scaccia *d. C.* 5. *n.* 93. *& ſeq.* Proſcriptionem autem, ſeu præconizationem, ut vocant, fundi venalis die feriato fieri poſſe, quod actus ſit voluntariæ iuriſdictionis, Ægid. Magiſtet *Decif in Tr. de Bon. proſcript. C.* 15 Contrarium verius *L. ult. Cod. h t* ibi *pereant horrida vox ſileſcat*, ubi not. Goth. His iiſdem cunctarum artium officia quie-

ſcant *L.* 3. *C. h. t.* Et ceſſandum ab omni opere ſervili; *Exodi* 12. *v.* 16. *Levit* 23. verſ 3. *n.* 15. *v.* 32. *&c.* vid. *C. licet* 3 *C. ult. ext. h. tit.* Scaccia 2. *de iudic.* 5 *n.* 112 *& ſeqq.* Rebuff *Privileg. ſchol.* 1. *n.* 3 add. Dominic. Soto *Lib.* 2. *de Iuſt & iure Q.* 4. Quin & Ethnicorum ſacerdotes ferias pollui credebant, ſi in eis aliquod opus fieret. Unde ne quid tale ageretur per præconem nunciabatur, vid. Macrob 1. *Saturn.* 16. Rubert. 4. *Rer. iud.* 15. *pag.* 913 Petr. Gregor. *Com. Synt. Art. mirab. Lib.* 4 *C.* 66. *pag.* 827. *& ſeq.* Veteri Alamannorum lege *Tit.* 39. §. 1. (edidit Ioan Baſil. Heroldus) *opera ſervilia die dominico faciens ſervus fuſtibus vapulet, liber corripiatur uſque ad tertiam vicem: & ſi poſt tertiam vicem in hoc vitio correptus tertiam partem hereditatis perdit.* Aliæ pœnæ libro legis Boioariorum *C.* 9 *tit. unico*, etiam ruſtico, regulariter Tibull. *Lib.* 1. *Eleg.* 2.

Luce ſacra requieſcat humus, requieſcat arator, &c.

vid. *Nov. Leonis* 54. Secus neceſſitate imminente. Sic intelligenda *L* 3 *Codice hoc titulo Synopſ. Baſil. Lib.* 7. *tit.* 17. *C* 9 *C. licet* 3 *extr. eod.* Scaccia *d. loc. n.* 117. Sicuti & ex neceſſitate operæ quædam ſerviles excuſantur, veluti ad cibos parandos, chirurgorum, pharmacopolarum, & aliæ plures, de quibus Dominic Soto *Lib.* 2. *de Iuſt. & iure Q.* 4. Licet Iudæi fere a talibus adhuc præciſe abſtineant, vid P. Greg *d. C* 66. *p.* 828. *& ſeq. &* 2. *Synt* 16. *n* 16 Sic Scævola olim conſultus quid feriis agi liceret, reſpondit, quod prætermiſſum noceret, Macrob. 1. *Saturn.* 16 Virgil. 1. *Georgic.*

Quippe etiam feſtis quadam exercere diebus
Fas & iura ſinunt, rivos deducere nulla
Religio vetuit, &c.

Itemque ab obſcœnis voluptatibus, & ſcenicis ſpectaculis *L. ult. Cod. h. tit. Cap. irreligioſa* 2. *de conſecrat. diſtinct.* 3. vid. Weſ *ad d L. ult. n.* 3. *& ſeq.* Vacandum cultui divino *Exodi* 12 *v.* 14. *Levit.* 23 *v.* 3. *&* 8. *&c* Eſaiæ. 56. *& C.* 58. *v.* 13 *Act.* 13. *v.* 28, *&* 44. *& ſimilib. plurib.* Opera danda operibus piis *1. Corinth.* 16. *v.* 2. Abiiciendæ comeſſationes & ebrietates, Petr Greg. 2. *Synt.* 16. *num.* 27. Etſi, ut mores ſunt, multi feſto die ſua prodigunt ut profeſto eſſe liceat, iuxta illud Plauti *Aulular. Act* 2. *Sc.* 5. Licita vero iis opera non ſervilia, quæ non præcipue ad lucrum ſeu commodum tendunt, vid. Scaccia *d. C* 5. *n.* 119. *& ſeqq.* Sed & his diebus peragenda quæ ad diſciplinam militarem pertinent *L. pen. D. h. t* vid Georg. Acat. Enenkel. 2. *de Privileg. milit.* 3. Et ſtudiis operam navare licet, vid. Rebuff. *Privileg. Schol.* 1. Horat. Luc. *Priv. Schol.* 49 Nicol. Intrigliol. *de Feud. Q.* 99. Scaccia 2. *de iud.* 5. *n.* 121. *& ſeqq.* Speck. *Gent.* 2. *Claſſ.* 1. *Q.* 11. *n.* 25 Confer. Dominic. Soto. *Lib.* 2. *de Iuſt. & iure Q.* 4. Venari an liceat, vid. Pruckman *de Regalib.* §. *venatio C.* 5. Sebaſt Medices *de Venat. Q.* 11. *n.* 4. *P.* 1. & lætius Georg. *Mor. de iure venandi P.* 2. *Cap.* 10. An iter facere A. Gent. *de Div. temp appell. C. ult.*

21) De quo & quomodo in criminalibus diebus feſtis procedatur, vid. Scac. 2. *de iud.* 6. toto Peguer *Decif.* 53. *n.* 8. *& ſeqq* Torturam illis intermitti debere, Wel. *ad Rub. C. h. n.* 21. Henrig *de Fidei. C.* 12 *n.* 13 Cæterum iuxta DD. noſtros plures quoque cauſſæ civiles etiam his feſtis diebus expediri poſſunt. Quas Scac. 2 *de iud* 5. ad duos caſus generales reducit. (1) Neceſſitatis ſi vel debitor, de fuga ſuſpectus, Qui capiendus, Marant. *P.* 4. *Diſt. iud.* 16. *n.* 92. Bover. *Sing.* 10. *n.* 14. Ayrer. *Proceſſ.*

Digitized by Google

cillime & in hoc ſummi numinis ſperetur venia, per quod multorum ſalus, & incolumitas procuratur, Ea eſt *L. penul. C. eod.*

VI. De ſecundo genere dierum natalitiorum, & ſimilium idem [22] ius, quod de ſuperiore, eſſe exiſtimo, per hoſce dies iudicia ita ſilere, ut nec in volentes quicquam iure agere liceat. Primum, quia his diebus iubentur iura differri in *L. omnes dies, C. eod.* nec quicquam exceptum video. Deinde quia apparet horum dierum ferias non ad otium, & utilitatem privatorum referri: ſed ad publicam congratulationem, & cultum Dei, ut gratiæ publicæ ei agantur, qui initii tam felicis auctor exſtiterit. Scimus autem pactis privatorum iuri publico [23] derogari non poſſe. *L. ius publicum, D. de pact.*

VII. Cæterarum feriarum, ut quæ ad utilitatem privatorum, & eorum, quibus cum agitur, comparatæ ſint, cauſſa eſt diſſimilis: ſive cum volentibus agatur, ſive adverſus invitos. Per ferias quidem meſſis & vindemiarum conſtat, ſi quid ex [24] voluntate partium actum, iudicatumve ſit, non ſecus valere, quam ſi alio quovis tempore actum eſſet, *L. 1. L. ſi feriatis, D. de fer.* de tempore nundinarum nihil aperte cautum eſt in *d. L. un. C. de nundin.* ſed cum conſtitutio vetet iis, qui ad nundinas venerint, moleſtiam inferri: porro volentibus & conſentientibus moleſtia non inferatur: *L. nemo videtur, D. de reg. iur.* perſpicuum eſt, conſtitutionem ad conſentientes non pertinere.

VIII. Iam adverſus invitos etſi magna ex parte ita ius ſe habet, ut meſſis & vindemiarum tempore iudicio agi non poſſit: tamen cauſſæ quædam excipiuntur. Primum de publicis & fiſcalibus [25] cauſſis etiam per id tempus agi poteſt. *L. publicas, Cod. de fer.* Id utilitas publica exigit, quæ privatorum utilitatibus anteponi debet. Quod ad privatas cauſſas attinet, viſum eſt [26] libertati, hoc eſt, rei maxime favorabili tribuendum eſſe, ut de ea poſſit omni tempore ius dici: de cæteris autem in univerſum hac conditione, ſi res [27] moram non ferat; id eſt, ſi paul-

poſſ. P. 1. C. 5. Obſ. 6. n. 9. Moller. 3. *Semeſtr. 44 n. 1.* Et pluribus allegatis de communi teſtatur Scacc. *d. n.* 28. ubi *n.* 30. idem in ſolemniſſimis feſtis Paſchatis, &c. ſtatuit. Vel res tempore peritura, vid. *h. C. N.* 27. aut alias moram non fert, Scac. *d. C. 5. n. 52. & ſeqq.* ut quando faber impedit Doctorem vel ſtudioſum *ibid. n.* 55. (2) Pietatis vid. *h. C. N.* 26.

22) Idemque in feriis repentinis, vid. Scac. *d. C. 5. n. 131. & ſeqq.* Peguera *Deciſ. 53. n. 3.* Quæ etiam ſacræ quatenus ad Deo gratias agendas, profanæ quatenus ad communem lætitiam explendam indictæ, ut Damhuder, *Prax. Civ. C.* 119. *n.* 14. quoad vacationem ſcilicet a iudiciis, non etiam ab operis & opificiis, Scaccia *ibid. n.* 136. *&c.*

23 Et ita renunciari nequit nec feriis ſacris Zaſ. *Par. h. t. n.* 6. Menoch. *Arb. Q.* 30. *n. 6 & n.* 11. Bronch. 1. *Enant.* 27. Gail. 1. *Obſ.* 53. *n.* 16. Pegu. *Deciſ.* 53. *n. 4. & n* 7. Scacc. *d. C. 5. n.* 18. Ayr. *Proceſ. P. 1. C. 5. Obſ. 6. n.* 3. nec repentinis aut in honorem Principis indictis, Gail. *d. n.* 16. Pegu. *d. loc. n.* 3. Teſſaur. *Deciſ.* 39 *n.* 7. Scac. *d. C. 5. n. 132. &* 142. Chaſſanæ. *Catal. gloria mundi P. 5. Conſid.* 24. *n.* 115. Rob. 4. *Rer. ind.* 15. Vant. *de Nullit. ex defect. iuriſd. n.* 130. Num vero a Principe, item ſtatuto aut conſuetudine, iſtis feriis in honorem Dei derogari poſſit, quibus item & quatenus, vid. Scac. *d C. 5. n.* 130. Weſ. *ad Rub. C. h. n.* 37. Wurmſ. *t.* 11. *Obſ.* 3. Peg. *Deciſ.* 53. *n.* 5. & omnino Marant. *P. 4. Diſt. ind.* 16. *n. 87. & ſeqq.*

24) *C. ult. extr. h. t.* Bronch. 1. *Enant.* 27. Teſſaur. *Deciſ.* 39. *n.* 1. Pegu. *Deciſ.* 53. *n.* 15. Gail. 1. *Obſ.* 53. *n.* 16. *&* 2. Scac. 2. *de Ind. 5. n. 156. uſque ad n.* 171. Verba enim orationis D. Marci ita habuerunt: ne invitis partibus iudicium ſit *L. 6. h. t.* Gail. *d. n.* 16. Eaque favore litigatorum principaliter inducta, etſi per conſequentias etiam reſpexit ad favorem publicum. Nec facile conſenſurus, niſi qui alios habet per quos rem ruſticam æque commode curare poſſit, quomodo reipublicæ nihil intereſt. A. Fab. *ad L. 1. §. 1. h. t.* Plane ex voluntate partium iudicare ita poteſt iudex, non autem tenetur, quia non deteriori iure ipſe eſſe debet, quam litigatores, Teſſaur. *Deciſ.* 39. *n.* 2. Scac. *d. loc. n* 159. Quin ipſe ex officio poteſt opponere ferias tacente parte, Io. Bapt. Aſin. *de Exſecut.* §. 3. *n.* 308. Rulant. *P. 3. Lib. 9. C. 9. n.* 5. Renunciari autem poteſt etiam tacite, Gail. *d. loc. n.* 17. Menoch. 2. *Præſumpt.* 46. *n.* 24 Pegu. *Deciſ.* 53. *n.* 7. Aſin. *Praxi* §. 3. *C. 7. n.* 2. Quod explicat Scac. *d. C. 5. n. 164. & ſeqq.* extra hanc renunciationem acta iudicii æque iure nulla per *d. L.* 6. Verbis: *ne iudicium ſit niſi &c.* Pegu. *Deciſ.* 53. *n.* 13. (licet A. Fab. *C. ſuo h. t. deſin* 5. ſententiam his feriis latam nullam non eſſe) nec ſi poſtea accedat conſenſus confirmatur, ut Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 27. *n.* 2.

25) Non criminales, ne obſtet, *L.* 12. *de publ. iudic.* Sed patrimoniales, ita Peguera *Deciſ.* 53. *n.* 21. Addit *d. L.* 5. piſtorias, Cuiac. *de Div. temp. præſcript. C.* 13. exponit: id eſt de mancipibus, qui curatores ſunt piſtrinorum *Nov.* 80.

26) Et aliæ piæ cauſſæ, vid. Tiraq. *Privil, piæ cauſſ.* 156. Quin immo Scaccia 2. *de Iud. 5. n. 43. & ſeqq.* etiam in feſtis diebus ex pietatis ratione procedi vult in ſequentibus cauſſis. Miſerabilium & pauperum *d. n. 43. & ſeq.* add. Ayrer. *Proceſſ. P. 1. C. 5. Obſ. 6. n.* 9. Scholarium, vid. *d. C. 5. n.* 75. & Horat. Luc. *Privil. ſchol.* 74. Rebuff. *Priv. ſchol.* 4. P. Barboſ. *ad L. 1. Sol. matr. P. 7. n.* 53. Speckh. *Cent. 2. Claſſ. 1. Q,* 11. *n.* 25. Alimentorum *L. 2. h. t.* Pegu. *Deciſ.* 53. *n.* 12. Io. P. Surd. *de Aliment. Tit. 8. Priv. 2. n. 7. & ſeqq.* Scac. *d. C. 5. n. 6. & ſeqq.* declarant ut obtineat quando petuntur conſtitui in futurum officio iudicis. Secus ſi iure actionis, aut ex contractu petantur, niſi pauperi debeantur, vigente illa pietatis ratione, add. P. Barboſa *ad L. 1. Sol. matr. P. 1. n.* 54. Qui *d. L.* 2. obtinere dicit, cum ex diſpoſitione legis alimenta debita, vel ex contractu & teſtamento, ei qui non habet aliunde unde ſe exhibeat, Dotis, ſi pauperi relicta, aut debeatur, Scac. *d. loc. n. 58. & ſeqq.* Alias ſecus, vid. Barboſ *in d. L. 1. P n. 42. & ſeqq.* Fachinæ. 10. *Contr.* 36. Salarii vel mercedis famulo, aut operario pauperi debitæ etiam de præterito, vid. Scac. *d. C. 5. n. 63. & ſeqq.* Carcerati ſi ad eius utilitatem, aut liberationem ipſo volente procedatur, Scac. *d. loc n. 65. & ſeqq.*

27) Ut ſi dilatio actionem peremptura *L. 1. §. ult. h. t.* quia beneficia cauſſæ conditionem habent, ne cui ſint captioſa, A. F. *ibid.* Ubi, ceu audax legum cenſor commodius potuiſſe occurri ſcribit, ſi ſtatutum eſſet, ut tempus hoc feriarum ruſticarum actori non curreret, aſt ſubduceretur. Plane has quoque cauſſas Gail. 1. *Obſ.* 53. *n.* 13. Monach. *Pract. P. 5. §. 2. n.* 13. Ayr. *Proceſſ. P. 2. C. 5. Obſ. 6. n. 4. &* 5. Weſ. *ad Rub. C. h. t. n.* 11. ac Scaccia 2. *de Iud. 5. n. 35. & ſeqq.* diebus feſtivis etiam expediri poſſe putant, quia neceſſitas a ſabbati obſervatione excuſat. Luc. 14. v. 5. *&c.* Et ex hac cauſſa a regula iuris receditur. Hinc quærit Scaccia *d. loc. n.* 38. an ſententia tunc die feſto, ex gr. dominico, poſſit ferri, quando alias expiratura iudicis iuriſdictio. Quod negat, niſi pariter inſtantia periret, aut probatio partis In his autem feriis ad utilitatem hominum expediri præterea poſſe

paullo longior dilatio damnnm actori allatura videatur. Qua de re, & quæ in poſteriore hoc genere ſpecies habeantur, comprehenſum eſt in *L.* 1. §. *ult.* & *L.* 2. *D. eod.* eoque pertinet *C. ult. extr. de iudic.*

IX. De tempore nundinarum, vel ipſa conſtitutio, quæ eſt de hoc genere, ſatis oſtendit, neque omnibus hoc dari, ne conveniantur eo tempore; quamvis ibi agentibus, ubi nundinæ exercentur; neque omnium rerum exactionem, & cognitionem inhiberi. Conſtitutio tantum de ad nundinas concurrentibus ſcripta eſt: ſed & nominatim privati tantum debiti inhibet exactionem, ut appareat [28] neque eos, qui ibi degunt, ubi mercatus eſt, ea conſtitutione iuvari; neque per id tempus adverſus quoslibet differri exactionem publicorum, aut fiſcalium debitorum. Puto & quæcunque ſunt cauſſæ eiuſmodi, quæ dilationem non ferant, de quibus tempore meſſis, aut vindemiarum agi poteſt, de his & nundinarum tempore adverſus exteros, qui venerint ad nundinas, agi poſſe: ſi modo & alio tempore ibi, ubi nundinæ exercentur, conveniri potuerint. Conſtitutio enim de nundinis, vetat moleſtiam venientibus exhiberi. Nunc autem in huiuſmodi cauſſis laborat actor, non ut moleſtiam inferat ei, qui venerit: ſed ne quam ipſe iniuriam ex dilatione adverſarii patiatur. Denique beneficia in cuiuſquam iniuriam tribui non ſolent. *L. nec avus, Cod. de emancip. liber.*

poſſe ſtatuunt Cauſas quaſvis ſummarias ut habetur *Clem. ſæpe de V. S.* Parlad. 3. *Rer. Quotid. C. fin.* §. 4. *n.* 10. Damh. *Praxi civ. C.* 119. *n.* 25. vid. Scacc. *d. C.* 5. *n.* 171. *& ſeqq.* Poſſeſſorias *d. C.* 5. *n.* 174 itaque & cauſſam attentatorum, quæ ſapit naturam meri poſſeſſorii, M. Ant. de Amatis *Deciſ.* 26. matrimoniales, uſurarias Scacc. *d. C.* 5. *n.* 86. Executivas Scacc. *d. C.* 5. *n.* 179. Parlad. *d.* §. 4. *n.* 10. Bovet. *Sing.* 10. *n.* 5. Teſſaur. *Deciſ.* 59. *n.* 1. Vant. *de Nullitat. ex def. iuriſd. n.* 31. Vid. & de his cauſſis M. Ant. de Amatis *Deciſ.* 86. Hornt. Carpan. *Statut. Mediolan. C.* 107. *Vol.* 1. Quid ſi actor & reus diverſi fori & diverſæ utrobique feriæ? Attendendæ quæ in domicilio rei per *L.* 1. *h. t.* Si ſcilicet ibi cauſſa agatur. Alias eius provinciæ ubi lis agitatur, quia ibi contrahendo vel ſolutionem eo deſtinando ſe adſtrinxit ad conſuetudinem loci, ita Coler. *ad C.* 2. iunct. *C. dilecti* 8. *de Except. n.* 32. Confer. Rulant. *P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 5. *n.* 19.

28) Nec eo gaudent banniti, Nellus a S. Geminiano *Tr. de Bannitis P.* 3. *ſecundi temporis n.* 15. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 30. *P.* 1. *n.* 13. *&* 14.

CAP. VIII.

De iureiurando. Et cur hoc loco.

Tranſitio ad iuſiurandum. I.
Hoc loco de eo quo lites dirimuntur. II.
Titulus iuriſiurandi opportuniſſime locatus in iure pontificio, minus apte in iure civili. III.

I. Lite ſic inſtituta, quod conteſtatione partium fieri diximus, dilationibuſque exinde a iudice conceſſis actori & reo, ex quibus diſceptare de cauſſa, & probationibus ſe munire atque inſtruere debeant, quo iudici fidem faciant: ipſe ordo nos ad Probationum tractatum iam deduxiſſe videtur: quibus cognitis, ſolet a iudice ſententia ferri, reſque terminari. Solet, imo & debet: nam ſententia, quæ lata eſt ſine cauſſæ cognitione, ſine inſpectione actorum, non auditis probationibus, ea fere nullius momenti eſt: eſt certe iniqua, ut ab ea merito appellari queat: ut bene Angelus ſcribit in *L. iudices, Cod. de iudic.* allegatque ad eam ſententiam Innocentium, iuris civilis peritiſſimum, Pontificii etiam auctorem, in *C. cum Bertoldus, extr. de re iudic.* Et ita ſane eſt: cum enim res omnis, quæ in iudicium deducitur, vel hoc ipſo dubia ac controverſa eſſe putetur, Iuſtiniano auctore, in *L. ult. Cod. quibus ad lib. procl.* non poteſt ea decidi, niſi prius a iudice examinetur, & probationibus illuſtretur eorum, qui de ea re diſſentiunt, ac propterea eam ad iudicem introduxerunt. Sed in probationibus plerumque multus labor ſumitur, multique ſæpe ac magni ſumptus fiunt, perit tempus, abducitur a melioribus ſtudiis animus, ſuſcipiuntur etiam ſæpe odia, & inimicitiæ. Ad hoc probationum interdum ea eſt vel inopia, vel difficultas, ut deſperent, homines ſe eas parare poſſe. Quibus rebus, aliiſque, quas recenſere nihil attinet, ſæpe litigatores adducti, quo ſe litis moleſtiis incommodiſque liberent, aut pactione aliqua rem, aut etiam iureiurando dirimunt. Pactionem intelligo tranſactionem: eſt enim Tranſactio nihil aliud, quam pactio de re dubia vel controverſa, & de qua lis eſſe poſſit. *L.* 1. *D. de tranſact.* Dico, eſſe poſſit: nam fere

Digitized by Google

tranſactionibus utuntur, antequam ad iudicem eant, vel ante iudicium, quod a litis conteſtatione demum incipere notum eſt: ipſe iudex ad id hortari ſolet, & concordiam ſuadere; idque etiam ad iudicis boni officium pertinet. *L. 7. C. de ſent.* *L. ult. C. de fer.* Iuriſiurandi & in iudicio uſus frequentiſſimus eſt; & ante iudicium, cum convenit inter diſſidentes, ut eo modo controverſia decidatur. *L. iuſiurandum*, & ad *D. de iureiur.* Utroque modo, id eſt & tranſactione & iureiurando, ſi veritatem ſpectemus, res in obſcuro relinquitur (poteſt enim qui tranſigit, ſi litigaret, totum fortaſſe conſequi, quod pertendit: & qui iurat, falſum dicere ac iurare.) Sed lis tamen ac controverſia iis modis funditus tollitur: eamque ob rem ſententiæ & rebus iudicatis comparantur; etiam præferuntur interdum, præſertim iuſiurandum. *L. 1. D. de iureiur.* Et tranſigi non ſolum pacto, ſed etiam iureiurando & ſententia dicitur. *L. 2, L. admonendi. D. d. tit.* *L. 13 §. pœna. D. de his qui not.* Denique hæc tria genera ſunt, quibus lites dirimuntur, tranſactio, iuſiurandum, & iudicium, ſive iudicis ſententia, ut ſequenti capite docebimus.

II. Sed de tranſactionibus quidem alibi, & in commentariis ad illud titulum Codicis a nobis diligenter expoſitum eſt: unde petere cuivis licet: certe cum ad iudiciorum ordinem ac formam, de qua nunc ſermo eſt, eius rei explicatio non magnopere pertineat, temere hoc loco inculcaretur. Alia iuriſiurandi ratio eſt. Nam & plerumque in iudicio interponitur, & probationis vicem obtinet. Eſt igitur hic locus de iureiurando agendi: & quidem prius, quam de probationibus ipſis; non tam adeo propter religionem, qua tamen motus Imperator Iuſtinianus videtur, cum de rebus creditis acturus titulum de iureiurando præpoſuit: quam quia iuſiurandum, quo lites dirimuntur, ante iudicium, vel in iure apud prætorem, vel initio mox ſuſcepti iudicii, priuſquam ad probationem ventum eſt, intervenire ſolet: nec eſt ei locus poſt rem probatam ullus: niſi forte de lite æſtimanda agatur, quod iuſiurandum in litem dicitur, vel cauſſa adhuc dubia ſit, quia pares utrinque probationes allatæ fuerint, ut nos interpretamur, vel quia non ſatis plene perfecteque probavit actor intentionem ſuam, ut vulgo interpretes ſentiunt. Utroque enim caſu, & ad litem æſtimandam, & ad probationem implendam, iuſiurandum iudex defert, non alius ut ſuo loco dicetur. Sed de iure quidem iurando in litem libro XXVI. quoniam illic eſt nobis de omni æſtimatione dicendi conſtitutus locus. De altero, id eſt, eo, quod in dubiis cauſſis & inopia probationum a iudice deferri ſolet, commodiſſime hoc loco diſſeretur, in quo in univerſum de iureiurando, quo lites dirimuntur, non æſtimantur tantum, exponere inſtitui: quod & in Pandectis factum eſt, & rationem habet, ut mox apparebit.

III. Illud in iure Pontificio rectius: quod iuriſiurandi titulus probationibus & præſumtionibus adiunctus eſt: (eo enim pertinet) & in rei iudiciariæ explicatione collocatus. Noſtri inſubtilius, qui de iureiurando in parte rerum creditarum & contractuum expoſuerunt; eo magis, quod iure civili iuſiurandum non eſt modus contrahendæ obligationis, ſed litis ac controverſiæ diſtrahendæ: ac perinde habetur, quaſi plene probaſſet is, qui ex delatione adverſarii vel iudicis iuravit, *L. 5. §. dato, D. de iureiur.*

CAP.

CAP. I.

DE IUREIURANDO DUÆ QUÆSTIONES:

IURISIURANDI EXTRA LITEM

ET IUDICIA USUS,

Qui quidem effectum iuris habeat.

CAP. II.

IURISIURANDI IN LITE ET IUDICIIS USUS,

TUM GENERA DE IUREIURANDO

CALUMNIÆ, TESTIMONII, PURGATIONIS,

Iudicio ſiſtendi cauſſa, litis deciſionis,

CAP. III.

PARTITIO EDICTI AC TITULI DE IUREIURANDO

DE V,I IURISIURANDI VOLUNTARII;

SEU EIUS QUOD EXTRA IUDICIUM IURATUM EST EX EDICTO.

Quibus conditionibus id valeat, ac primum
de conditione delata,

CAP. IV.

QUI IUSIURANDUM DEFERRE POSSINT

AUT NON POSSINT: UT HIS

DEFERENTIBUS IUSIURANDUM DATUM SERVANDUM SIT,

Aut non noceat.

CAP. V.

DE HAC CONDITIONE TERTIA

SI IURAVERIT, AUT REMISSUM SIT

Iuſiurandum.

CAP.

CAP. VI.

IURANDUM EX CONDITIONE DELATA,
SEU EX EO QUOD DELATUM EST;
ET HOC QUIBUS REBUS
Contineatur.

CAP. VII.

QUOMODO SERVET PRÆTOR IUSIURANDUM:
AC PRIMUM REO, ET DE EXCEPTIONE
IURISIURANDI, QUIBUS DETUR, ADVERSUS QUOS,
Qua de re.

CAP. VIII.

DE ACTIONE EX CAUSSA IURISIURANDI;
QUÆ, ET QUALIS SIT:
QUIBUS; ADVERSUS QUOS: QUAMDIU:
Quam vim habeat.

CAP. IX.

IUSIURANDUM NULLO PRÆTEXTU RETRACTARI
PRÆTERQUAM TRIBUS IN CAUSSIS;
TUM DE VARIIS EFFECTIBUS
Iuriſiurandi.

CAP. X.

DE VI IUDICIALIS IURISIURANDI.

CAP. XI.

DE VI NECESSARII IURISIURANDI.

CAP.

Digitized by Google

CAP. XII.

DE NECESSITATE SUSCIPIENDI IURISIURANDI EXTRA IUDICIUM,
Tum in iudicio.

CAP. XIII.

RECUSANDI IUDICIALIS
Iuriſiurandi cauſſæ.

CAP. XIV.

NECESSE ESSE VENIRE AD IUDICEM IURANDI CAUSSA, CUM VOCATUS FUERIS:
NISI SI QUIBUS HÆC IURANDI NECESSITAS REMITTATUR:
Et quæ res hanc remittant.

CAP. XV.

ADVERSUS EUM QUI IURARE, AUT IURANDI CAUSSA AD IUDICEM VENIRE NON VULT,
Quæ ſit pœna.

CAP. XVI.

DE APPELLATIONIBUS VOLUNTARII IURISIURANDI, NECESSARII, IUDICIALIS, QUID HAC
Significetur.

Vide Epiſtolam ad lectorem huic volumini præfixam.

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS QUINTUS.

Vide laudatam Epiſtolam.

HUGO-

HUGONIS DONELLI IURISCONSULT COMMENTARIORUM DE IURE CIVILI LIBER VICESIMUS SEXTUS

CAPUT I.

Iudicandi munus eſſe publicum, ſic tamen ut iuſtis de cauſſis iudex a iudicando excuſetur, & quæ ſint hæ cauſſæ. Cogi etiam iudicem poſſe, ut quamprimum iudicet. Et de tempore legitimo, intra quod iudicium exerceri debeat, *ad L. properandum, C. de iud.*

Tranſitio, ſumma, & ordo huius capitis. I.
Munus iudicandi publicum: ideo unumquemque ad illud cogi poſſe remediis prætoris, niſi excuſetur idonee. II.
Quæ huius detrectandi muneris excuſationes. III.
Quid hæ proprium habeant, & diſtinctum a reliquis. IV.
Non eſſe idoneas excuſationis cauſſas 1. ſi iudex iuret ſibi non liquere. Exponitur L. Pomponius, 36. D. de re iud. V.
2. *Si conſulenti iudici de facto præſes non reſpondeat. Exponitur* L. eum quem 79 §. 1. D. de iud. VI.
3. *Si cauſetur litigatorum inimicitias.* VII.
Quid ſi ſalva conſcientia aut religione quem abſolvere aut condemnare nequeat. Hoc quid ſit. VIII.
Si iudex iudicium protrahet, a magiſtratu iudicare cogitur, & quomodo. IX.
Quod tempus iudicandæ rei ſit a Iuſtiniano præſtitutum. X.
Summa & analyſis L. properandum, C. de iudic. XI.

I. CAuſſa, ut viſum eſt, probata, & a iudice eo modo cognita, quo ſupra ſcriptum eſt, ſequitur, quod eſt ſecundum & idem ſummum in officio iudicis, ut iudicet, ſeu ſententiam ferat. Et faciet quidem recte, ſi officio iudicis fungi velit, quid tamen ſi detrectet? Videbimus ante omnia, an habeat neceſſe, & quando id facere cogatur. Multa enim poſſunt incidere, quæ iudicem vel impediant ne iudicet, ut morbus, & neceſſaria aliqua occupatio: vel etiam deterreant: ſive quod de re ei non liquet, ſive quod metuat litigatorum potentiam, aut inimicitias: ſive quod gratia aut amicitia alterutrius ducatur, ne eum ſententia ſua lædat. Licet idem quærere de eo, qui nolit ab initio cauſſam cognoſcere, vel quia refugiat cognoſcendi laborem, vel quia id agat, ne iudicet. Quod ſi ante non quæſivimus, hæc cauſſa eſt, quod viſum eſt commodius de neceſſitate huius muneris, quæ una eſt in omnibus eius muneris partibus ſemel dicere, idque hoc loco facere potius, in quo præcipue agitur de iudicando.

II. Et de toto munere ſic habendum eſt, publicum eſſe [1] iudicandi munus, *L. quippe, D. de iudic. L. ult. §. iudicandi, D. de mun. & honor.* Proinde eiuſmodi, ut quemadmodum ſcriptum eſt in *L. prætor. §. qui autem, D. de vaca. & excuſ.*

1) Et onus potius quam beneficium, Longavall. in *L.* 3. *de iuriſd. n.* 193. Pollet. 3. *Hiſt. fori* 10. Etſi honori quoque fuerit, vid. Tiraq. *de Nobilit.* C. 18.

& *excuſ.* mun. *Qui non habet excuſationem invitus iudicare cogatur*. Ut eſt conditio omnium munerum publicorum: quæ delata etiam ab initio ſine iuſta excuſatione detrectari non poſſunt: nedum poſſint iam ſuſcepta, *tot. tit. de vac. & excu. mun.* Itaque non modo verum eſt, illud quod dicitur in *L. de qua re*, *D. de iud.* iudicem qui de re cognovit, de ea quoque pronunciare cogendum eſſe: ſed hoc amplius cogi operam præbere ad cognoſcendum: ideo, quia ſine cauſſæ cognitione iudicare non poſſit. Cogetur autem iudex datus ab eo, qui dedit, *L. 3. C. de ped. iud.* & cogetur remediis prætoriis: puta, [2] multa indicta, & pignoribus in eam rem captis, quæ remedia iudicantur in *L. 1. §. ex hoc reſcripto*, *D. de inſpic. ventr.*

III. Sed cogitur iudicare, ut ſupra dixi, is qui excuſationem non habet: ſuæ ſunt ergo & huius muneris excuſationes. Sunt vero non tantum generales illæ, quibus homines ab aliis quoque muneribus excuſantur; ſed etiam propriæ quædam ipſius muneris, ut non abs re ſit quærere hoc loco, quænam ſint. Quod eo etiam diligentius faciendum eſt, quod in his omnibus præponendis ad muneris excuſationem licet nonnihil ſingularis iuris animadvertere. De generalibus nihil dicam, quæ ex titulis de vacatione & excuſationibus tutelæ reliquorumque munerum peti poſſunt, nec dubium eſt, quin quæ res aliorum munerum excuſationem habent, eædem præſtent & huius muneris vacationem: cum facilius excuſetur quis a munere iudicandi, quam ab aliis muneribus, ut paulo poſt intelligetur. Quod proprium eſt huius muneris, hoc eſt, quæcunque enim res ſunt, quæcunque occupationes, quæ impediant, quo minus iudex poſſit operam præbere ad cognoſcendum, iudicandum, aut omnino aut ſine incommodo rei familiaris, omnes [3] huius muneris excuſationem præſtant. Itaque non tantum excuſatur iudex valetudine & morbo, propter quæ ſuis rebus ſupereſſe non poteſt: non tantum neceſſaria profectione, ut ea, quæ ſuſcipitur Reipublicæ cauſſa, non tantum magiſtratu, & ſimilibus neceſſariis cauſis: ſed etiam negotio quovis privato, privata occupatione, quæ omitti non poſſit ſine rei familiaris periculo: quam tamen neceſſe ſit omitti, ſi vacet iudex rei cognoſcendæ & iudicandæ. De prioribus cauſſis ſcriptum eſt in dicta *L. prætor*, *D. de vacat. & excuſat. muner.* Poſtrema apertius intelligitur ex *L. ſi longius*, *D. de iudic.* Cuius generis excuſationem non item eſſe in aliis muneribus proditam, exemplo tutelæ declaratur. Etſi enim huius adminiſtratio magnas & multas difficultates habet, & impedimenta rei familiaris: tamen certum eſt, eam a muneribus aliis civilibus non excuſare, *L. 3. Cod. de excuſ. mun. Lib. 10.*

IV. Iam vero & in excuſationibus huius muneris omnibus animadvertendum eſt, quiddam eſſe ſingulare. In cæteris namque muneribus, ſi cum munus defertur, nondum privilegio locus eſt, id quandocunque poſtea incidet, non tribuet vacationem, *L. non tantum*, *§. is qui. L. tutor petitus*, *D. de excuſ.* In iudicandi munere contra. Quodcunque enim impedimentum, quæcunque occupatio ex iis, quas ſupra diximus, incidet etiam poſt munus delatum, eiuſmodi eſt, qua iudex excuſetur. Quod colligimus ex *d. L. prætor*, *§. ult.* Illic enim munere iudicandi ſuſcepto, denegatur quidem excuſatio ex privilegiis uſitatis: ſed ita, ſi iudex excuſare ſe velit privilegio, quod ante habuit: quaſi agnoſcendo iudicium renunciarit excuſationi. Ex quo intelligitur diverſum eſſe, ſi privilegium poſtea inciderit. Quin immo ex eo etiam privilegio, quod habuit antequam iudicium ſuſciperet, excuſans ſe iudex audiendus eſt, ſi ſe excuſet ante cauſſam actam. Quod & ipſum ex eodem loco intelligimus, denegatur enim illic excuſatio ex eo privilegio, ſed hac conditione, ſi cœperit iudex poſt cauſſam actam ſe excuſare. Et excuſatur quidem iudex ex his cauſſis omnibus: ſed non ſemper uno modo, alias excuſatur ad tempus, id eſt, ita ut differatur tantum iudicium: alias in perpetuum, id eſt,

ita

2) Quod & Pollet. *d. Cap.* 10. *n.* 2. comprobat, quia pariter mulctati Senatores, qui evocati in Curiam non veniebant, Cic. 1. *Philipp.* Idemque confirmat Broidæ. *in Corollar. ibid.* ex Plutarch. *in Catone minore* & Livio *Lib.* 3. Et quod etiam in arbitrariis cogatur, Menoch. 1. *Arb.* *Q.* 41. Confer. Vent. de Valentiis *Parthenii litig. Lib.* 2. *Cap.* 10. *n.* 15. Simanca 2. *de Rep.* 8. Commiſſarii quoque munus invitus ſuſcipit, vid. Rulant. *de Commiſſ. P.* 1. *Lib* 2. *C.* 25. Nec minus conſulendi a iudice vel partibus requiſitus regulariter recuſare poteſt, vid. Pax. Scala *Lib.* 3 *de conſil. ſapientis Cap* 7. Cæterum ex *d. L.* 74. *pr.* refelluntur DD. vulgo putantes ius ferendæ ſententiæ non habere, cui cognitio mandata eſt, vid. Bocer. *de Iuriſd. Cap.* 6. *n.* 42. & Scip. Gentil. 1. *de Iuriſd.* 30.

3) Vacatio quoque a iudicando ſpecialiter aliquando tributa, Plin. 10. *Epiſt. ad Traian.* Archippus vacationem petere cœpit, &c. vid. Pollet. *d. C.* 10. *n.* 4. qui miſſionem iudicum honeſtam vocat, diſtinguens ab ignominioſa, cum ex albo iudicum eradebantur. Sic in Typographia Iani Iacobi Boiſſardi *P.* 3. *pag.* 109. monumento aliquo habetur: Cui populus eius corporis immunitatem ſex centuriarum (confer. not. *ſupra Lib.* 17. *Cap.* 24. *N.* 22.) decrevit.

ita ut mutetur iudex, & iudicium in alium transferatur. Differtur tantum iudicium, ſi cauſſa ſic prodeſt ad excuſationem, ut morbus vel occupatio temporaria ſit, nec in longius tempus duratura, & ea poſt cauſſam actam allegetur: hoc enim poſterius exigit Ulpianus in *d. L. prætor*, in fin. dum ita ſcribit: *Non debet in alium transferri iudicium, ſi cum captione id futurum eſt alterutrius*: & quod intelligat eſse coniunctum cum captione alterutrius interpretatur. *Tolerabilius*, inquit, *denique eſt interdum iudicem, qui ſemel cognoverit, tantiſper expectare, quam iudici novo rem iudicandam committere*. Aperte de eo, qui cauſſam cognoverit, loquitur. Vel hinc intelligimus iudicem ex ſupra ſcriptis cauſſis omnino excuſari duobus temporibus. Uno, ſi ante cauſſam actam ſe excuſet; ſive impedimentum perpetuum ſit, ſive temporarium. Altero, ſi & poſt cauſſam actam iuſta excuſationis cauſſa incidat; ſed quæ aut ſit perpetua, aut futura ſit diuturnior. *Si*, inquit idem Ulpianus, *longius ſpacium interceſſurum erit, quo minus datum operam poſſit dare, mutari eum iubet prætor*, [4] d. L. *ſi longius D. de iudic.*

V. Ut remittunt hæ res iudicandi neceſſitatem, quibus fit, ne poſſit iudex operam præbere ad iudicandum; ita ſi nihil impediat, quo minus poſſit id facere, hoc tenebimus nihil adferre poſſe, cur non cogatur iudicare: maxime ſi iam ante cauſſam cognoverit. Et primum nuſquam lectum eſt, recipiendas eſſe iſtiuſmodi exceptiones, ſi quis dicat ſe metuere potentiam litigatorum, ſi dicat, ſe nolle ſuſcipere eorum inimicitias; nec immerito: alioqui nemo unquam cogetur iudicare: quia facile quis dicturus ſit, ſe iſta metuere. Probabilius de his dubitari poteſt; ſi dicat ſibi non liquere de cauſſa & iuret, iuſte enim metuit religionem. Si ſaltem præſidem conſulat, a quo audire velit, quod ipſi placeat: hoc enim fortaſſe levius, quam ut denegari debeat. Poſtremo ſi cauſetur litigatores inimicos ſibi eſſe factos. Ob hanc enim cauſſam receptum eſt, ne cogatur arbiter ſententiam dicere *L. licet*, *D. de recept.* Sed verius eſt nihil horum valere ad excuſationem. Iurat de cauſſa ſibi [5] non liquere. Probandum eſt, hactenus eſſe audiendum ut ſpacium ei detur ad amplius cognoſcendum & pronunciandum: hoc de arbitro qui recepit arbitrium ex compromiſſo, ſcripſit Ulpianus in *L. Pomponius*, in fin. *D. de recept.* Proinde de iudice multo magis ita dicendum eſt, utpote in quo neceſſitas iudicandi vel par, vel etiam maior, cum ſit iudicandi munus publicum. Plane ſi tribus iudicibus datis duo iudicent, & conſentiant, unus iuret de re ſibi non liquere, non eo minus valet, quod duo iudicarunt, ut ſcriptum eſt in *L. Pomponius, D. de re iudicata*. Sed hoc non eo fit, quia is qui quieſcit, non potuerit cogi iudicare, ſi neceſſe eſſet, ſed quia in hac cauſſa non ſit neceſſe, propterea quod, ut ibidem ratio redditur, *etſi is, qui quieſcit, diſſentiret, plurium ſententia obtineret*. Quod ergo [6] Gellius *Lib.* 14. *Cap.* 2. ſcribit ſe iudicio, in quo iudex datus erat ſolus, defunctum eſſe, quod ſibi non liquere iuraſſet, tolerantia magiſtratus & litigatorum magis factum eſt, quam quod iure ea ratione defungi liceret.

VI. Si in re perplexa iudex præſidem conſulat, poſtuletque, ut prius de re conſilium impertiat, nihil hoc ad excuſationem, ſi præſes recuſet, id facere, & illum

4) *L. 46. eod.* ubi Cuiac. 2. *QQ. Pauli* notat etſi iudex mutetur *d. L.* 46. & ſolvatur neceſſitate iudicandi ex cauſſa morbi ſontici, non tamen ſolvi iudicio nec deſinere eſſe iudicem, ſed manere, ut dicitur *d. L.* 46. Confer Poller. 3. *Hiſt. fori* 10. *circ. fin.* qui cauſſam excuſationis aliam peremptoriam, aliam dilatoriam ſtatuit Et vid. in ſimili de excuſationibus Commiſſariorum, Rulant. *P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 26.

5) Diſſentire videtur Cuiac. 6. *Obſ.* 27 tum *per d. L.* 36. tum per illa Senecæ 8. *Epiſtolar.* Aut fer ſententiam, aut, quod facilius in eiuſmodi rebus eſt, nega tibi liquere. De hoc iuramento aut pronunciatione iudicis *non liquere*, ac de ampliatione litis ex hac cauſſa, ac quid a comperendinatione differt, quando pertractare hic locus non eſt, remitto ad Pollet 4. *Hiſt. fori* 15. Coraſ. *Epiſt. QQ. C. ult.* Menoch *Ret. poſſ Rem.* 3. *n* 784. *& ſeqq* Duar. *ad tit. D de iudic fol.* 168. Duath. *ad L.* 1 *de vulg. ſubſtitut. n.* 138. Pacian. 1. *de Probat* 39. *n.* 4. Ioach Steph 3. *de Iuriſd. Iud. Græc. &c.* 4 *n.* 20. Item Aſcon 3. *Verrina pag. m.* 9. *& ſeqq.* Fr Robertell 2 *Emendat* 25 *& ſeqq.* Marcell. Donat. *Dilucidat. in Liv. Lib* 43 Auſon. Popma *Lib.* 1. *de Diff verb. v. ampliatio pag* 33. Cornel. Vitell. *Annot. in Georg.* Merulam, *Cap.* 21. *pag.* 625. *P.* 1. *Theſaur. Critic.* Liquere dici ducta metaphora a rebus fluxis & liquidis, quæ ſolidioribus magis perſpicuæ & dilucidæ ſunt, Robert. 3. *Sent.* 2. Sicuti Symmach. 1. *Epiſt* 37. liquido die pro ſereno. Confer *d. N.* 28. *ad Comment. in Tit. Digeſtor. de iureiuran. Cap.* 13. *n.* 15 Ampliandi autem verbum duo deſignat, augere & differre. Sic in *L.* 45. §. *1. de re iud.* amplianda pœna exponit P. Fab. 1. *Semeſtr.* 4. ſuſtinenda vel differenda. Etſi nil vetat alio quoque ſenſu ibi accipi. Ampliationem hanc dilationem non contentionis, ſed deciſionis vocat Ioan. Saresberienſ. *Policratici Lib.* 5. C. 12 *Nam iudicia*, ait, *feſtinata pœnitentiam pariunt: Unde & Græci* (Intelligit, opinor, Græcos ſuæ ætatis, floruit enim ſub Friderico I. anno 1140.) *cum urgentur ad ſententiam, ante quam de cauſa liqueat, reſpondent, patres ſuos Solem apud antipodas non vidiſſe, ſed expectaſſe ſemper, donec ille oriretur. Dicunt enim præproperum eſſe viatorem, qui antequam Lucifer oriatur, craſſis adhuc tenebris, luceque remota, diatam aggreditur.* Ita ille.

6) Integritatem Agellii laudari poſſe, religionem non item, ſcribit Broidæ. *Supplem. ad Hiſt. fori* Polleti *Lib.* 5. *Cap.* 6. *pag.* 447.

sed y Google

illum iubeat iudicare, quod videtur. Poteſt quidem præſes iudici de iure dubitanti reſpondere, idque etiam præſides [7] facere ſolere, Ulpianus ſcribit in *L. eum quem*, §. 1. *de iudic.* ſed ſolent modo: non etiam habent neceſſe: quod apertius declaratur in *L. 3. C. de pedan. iudic.* item in *Novel. 125. de iudic.* Iudicibus autem de facto præſidem conſulentibus & eius conſilium expectantibus non modo non prodeſt ea dubitatio ad iudices excuſandos, ubi præſes conſilium non impertiat, ſed etiam vetantur præſides impertire. Verba de hac re Ulpiani hæc ſunt in *d. L. eum*, §. 1. *Iudicibus de iure dubitantibus præſides reſpondere ſolent: ſed de facto conſulentibus non debent præſides conſilium impertire: verum iubere eos, prout religio ſuggeſſerit, ſententiam proferre; hæc enim res nonnunquam infamat, & materiam gratiæ vel ambitionis tribuit.* Hæc Ulpianus. In quibus poſtremorum verborum hæc eſt ſententia: Si de facto præſides conſilium impertiant, ea res nonnunquam eos infamat: quia facit, ut quanvis rectum conſilium dederint: tamen homines male de his ſuſpicentur, quaſi nnn temere ſit, quod ita iudicent, re non bene cognita. Et ut ſecus homines opinentur: tamen hæc poteſtas conſilium de facto impertiendi præbet materiam præſidibus multa ad gratiam & ambitionem, non ex iure decernendi: ad gratiam, cum uni alicui ex litigatoribus bene volunt, aut cupiunt eum ſibi demereri; ac propterea id reſpondent, quod pro eo faciant: ad ambitionem, dum aliquid ſecus, quam aliis vulgo videtur, reſpondendo, eo facto famam ingenii, & eruditionis quærunt: aut affectant etiam opinionem potentiæ, quoniam facile liceat in cauſſa facti quidvis decernere. Hæc autem in cauſſa facti metuuntur, non in cauſſa iuris: quia de facto parum hominibus compertum eſt: ut non ſit difficile ſtatuere aliquid in alterutram partem ita, ut quam recte id feceris, aut ſecus, homines non perſpiciant. Ius vero ſemper certum eſt, aut eſſe debet, quo [8] minus error aut iniuria præſidis in reſpondendo metuitur: quoniam minus poteſt latere.

VII. Quod ad litigatorum inimicitias attinet, afferunt hæ arbitro iuſtam cauſſam, cur non cogatur inter hos cauſſam diſceptare aut ſententiam dicere: quia operam privatis præbet: qui ſi inimici ſint, non ſatis digni habentur, a quibus hæc opera exigatur. Non eadem ratio iudicis: cuius munus cum ſit publicum, intelligi debet, eius operam non privatis, ſed Reipublicæ præſtari. Quo fit, ut ſi quid privatis non debet, non ideo poſſit detrectare quod a Republica exigitur. Non igitur, ut ad rem redeam, iudici dato, quandiu operam prebere poteſt, deſugere licebit, ne [9] de re pronunciet.

VIII. Quid tamen dicemus, ſi ſalva religione & conſcientia iudicare non poſſit? Nam id aliquando poteſt incidere. Propone eum ſcire, factum eſſe quod intenditur, quia interfuerit: nullos tamen teſtes

7) Hodie moribus noſtris expeditum iudicibus, imi cumprimis ſubſellii & obnoxiæ ſententiæ qui ſunt, remedium, ut acta apud ſe habita ad collegia Prudentum & dicaſteria publica tranſmittant, qui ex fide eorum, quæ probata ſunt, ſententiam concipiunt. Quod adeo uſu per annos plurimos invaluit, ut ea res non arbitrii amplius, ſed neceſſitatis apud nos videatur. Exſtat luculentus Tractatus Pacis Scalæ *de Conſil. ſapientis in forenſib. cauſſ. adhibendo in Libb. 4. diſtinctus*. Eadem de materia Menoch. 1. *Arb. Quæſt.* 23. *&* *Lib.* 5. *Præſumpt.* Q. 95. Lancell. *de Attent. P.* 2. *C.* 9. Aſin. *Praxi.* § 25. Sforza Odd. *de Reſtitut. in int. P.* 1. *Q.* 10. *art.* 8. *& ſeqq.* Vant. *de Nullit. ex defect. iuriſd. n.* 146. *uſque ad n.* 157. Afflict. *Deciſ.* 5. Licet vero hi Iuriſperiti nec ordinarii ſint nec delegati, alias poſt mortem committentis conſulere non poſſent. Scala *d. Tract. Lib.* 1. *C.* 17. Unde quidam ſententias horum nomine latas non tranſire in rem iudicatam, veluti ab incompetente dictas, & quandocunque ſapientiori rectius iudicantium conſilio retractari poſſe, Corat. *in L. admonendi* 31. *de iureiur. P.* 2. *n.* 8. Mynſ. *ad Cap.* 4 *de Probat. n.* 25. Maranta *P* 6. *Tit. de Sentent. n.* 130. eorumque opinio communis aſſeritur. Contra tamen merito ſtatuit Auguſtus Saxonum Elector *Nov. ſua* 26. *P.* 1. ubi vid. Moller. *& Conſult. Sax. Tomo* 1. *P* 3. *Quæſt.* 22. *& Tomo* 2. *P.* 3. *Quæſt.* 28 Quod & Teſſauro *Deciſ.* 25. *n.* 3. ac Paci Scalæ *d. Tract. Lib* 4 *Cap.* 21. probabilius videtur, cenſenti contrariam communem debili inniti fundamento, cum longe alia prudentum ſit ratio, alia peritorum artis alius, veluti medicorum, chirurgorum de vulnere, obſtetricum, agrimenſorum, &c. Ex quorum relatione prolatas vim rei iudicatæ non ſortiri, quin comperto errore quandocunque reſcindi poſſint crebriori calculo uſuque fori receptum eſt. De quo vid. Marſil. *Sing.* 427. Reinerus Budel. *Lib.* 1. *de Re monetaria Cap. ult. n.* 28. *& ſeqq* Mynſ. 6. *Obſ.* 35. Teſſaur. *d. Deciſ.* 25. *n.* 1. *&* 2. (qui fere in contrarium propendet,) Beuſt. *ad L. admonendi* 31. *D. de iureiur. n.* 51. *& ſeqq.* Pacian. 1. *de Probat.* 47. *n.* 85. *& ſeqq.* (qui toto eo Capite de peritis in arte fuſe tractat, Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 4. *Cap.* 12. Gail. 2. *Obſ.* 151. *n.* 16. Maranta *Titul. de Sentent. n.* 131. ubi excipit, niſi ex conſenſu litigantium accepti. Quid ſi petiti a ſe diſſentiant? vid. *N.* 3. *ad Commeue. L.* 36. *& ſeqq. Tit. Digeſt. de re iudic.*

8) Bella expoſitio. Nec abludit Forner. 5. *Rer. Quotid.* 13. qui ita; nonnunquam infamat, id eſt, ſuſpectum reddit, ſicuti in *L.* 15. §. 22. *de iniur.* præbet ſiniſtræ ſuſpicionis argumentum. Quo ſenſu ſæpe Rhetoribus *infamis*. Citra ſuſpicionis metum licet de quæſtionibus iuris reſpondere, cum leges in theſi poſitæ ſint; facta autem facilius eblanditi ſuffragii ſuſpicionem inducunt. Et hinc etiam fuit, teſte Theoph. *in* §. *præterea* 7. *I. de iur. nat. gent. & civ.* ut Prætores initio cuiuſque anni edicta proponerent. Add. Duar. 1. *Diſput.* 41. *ſub fin.*

9) Diſſ. Ian. Langlæ. 2. *Semeſtr.* 2. *pag.* 102. *& ſeqq.* ubi ſcite oſtendit probi modeſtique iudicis eſſe, ut ſi alteri parti cognatione vel amoris nexu iunctus ſit, ultro, etſi ab alio non eiuretur, cognitione ſe exſolvi petat. Quod exemplis ac ſententiis veterum confirmat ex Tacito *Dial. de Orat.* Cic. 8. *Philipp.* Liv. 2. *Decad.* 4. Magis itaque idem ſi cum altero quid diſſidii fuerit, ne exſpectet dum ab eo reiiciatur. Quo pacto pudori magis ſuo proſpiciet, ſuſpicionemque evitabit. Vix enim eſt ut non credatur in partes propinqui propenſior, inimici alienior, etſi forte ex officio ſe geſſerit, aut ſecundum hunc etiam litem dederit.

ſtes aut non idoneos produci ab actore, aut etiam teſtes falſos contradicere. Improbe ut videtur faciat iudex, ſi reum abſolvat, & tamen ſi cogitur iudicare, neceſſe habet ſecundum regulas iuris eum abſolvere. *L. qui accuſare, C. de eden.* Finge contra falſum eſſe, quod intenditur, idque iudicem ſcire; quia ſciat reum ſecum fuiſſe alio loco, quam in quo feciſſe id arguitur, & eodem tempore. Nihilo rectius fecerit, ſi eum, quem ſcit eſſe innocentem, condemnet. Tamen ſi falſis teſtibus probetur factum, & iudex iudicare cogatur, iure neceſſe habeat eum damnare. Quid ergo hic dicemus? Idoneam vero hanc eſſe cauſſam exiſtimo, cur iudicare cogi non debeat, dum iurabit [10] id ita ſe habere. Religionem enim & fidem a iudice, non flagitium exigere debemus, neque hoc cum dicimus, quidquam mutamus de ea definitione, quam paulo ante poſui. Quæ enim ſalva religione non poſſumus, ea nos nec facere poſſe credendum eſt, auctore Papiniano *L. filius, D. de condit. inſt.*

IX. Demus eum iudicem, qui non dicat ſe iudicare nolle; ſed rem protrahat? quid fiet? Eſt officium magiſtratus, qui dedit iudicem, cogere eum ut quamprimum ſententiam dicat: ut arbitrum qui arbitrium recepit, cogit prætor, *L. Pomponius*, §. ult. & leg. ſequent. *D. de recept.* Eſt enim magiſtratus ius reddere. Iniuria eſt autem, quod ſtatim poſſis reddere, id morari, & in aliud tempus differre. Ergo ei præſtituet tempus, intra quod ſententiam dicat indicta multa, ni ita faciat. Non enim videtur cogi poſſe aliter. Quod ſi nullum præſtituet tempus magiſtratus: eſt tamen tempus legitimum, quod nec iudex, nec magiſtratus ipſe poteſt excedere *L. ſi iudex, D. de iudic.* ac de eo tempore paulo poſt. Sed hæc de iudice dato dicta ſunt.

X. Quid ſi erit ordinarius iudex? Si is ſine cauſſa deneget iuriſdictionem, denunciatur ei conſtitutione Iuſtiniani Novella 86. Si res ad Principem delata fuerit ipſum animadverſurum; vult tamen prius adiri Epiſcopum. Hunc inſtare magiſtratui, ut ius reddat: quod ſi non impetret; tum iubet Iuſtinianus Epiſcopum rem Principi ſignificare per literas: ut ſic deinde re cognita Princeps animadvertat. Faciamus magiſtratum, quod de iudice dato diximus, non aperte denegare iuriſdictionem; ſed rem differre. Huic rei ita proſpexit Iuſtinianus [11] in *L. properandum, C. de iudic.* Tempus certum ab eo conſtitutum eſt, intra quod placeat litem quanque decidi. Et fuit etiam ante eam conſtitutionem id tempus certum. Nam legitimi temporis, quod magiſtratus in lite dirimenda non poſſit excedere, mentio eſt in *d. L. ſi iudex, D. de iudic.* Niſi tamen illa verba, *ita tamen, ut legitimum tempus non excedant*, quæ leguntur in *d. L. ſi iudex.* non Ulpiani verba ſint, ſed [12] Triboniani, reſponſum Ulpiani ad Iuſtiniani conſtitutionem revocantis. Utcunque ſe res habeat, quodnam id tempus fuerit olim, non liquet. Id a Iuſtiniano definitum eſt, de quo ita conſtituit? In criminibus ne cauſſæ actio [13] bien-

10) Sed & hoc caſu volunt iudici ut ſi religione moveatur perſona iudicis depoſita teſtem ſe præbeat, Cuiac. 12. *Obſ.* 19. Hotom. *Ill.* Q. 27. Dominic. Soto *Lib.* 5. *de Iuſt. & iur.* Q. 4. *art.* 2. item ut ad ſuperiorem confugiat & per conſultationem conſcientiam ſuam declaret, vid. Scala *Lib.* 3. *de Conſil. ſapient. Cap.* 13. Sed & omnia hic tentanda iudici, ſi inſontem falſis probationibus oppreſſum noverit, quibus innocentia eius pateſiat. Quod ſi his remediis uti nequeat iudex, etſi Dominic. Soto *d. loc.* velit potius morti adiudicari debere reum, cuius innocentia iudici privatim nota, quam ut publica teſtimonia deferantur, hoc tamen caſu ut iudicatione potius abſtineat tutius ſatiusque eſt, vid Vaſq. 1. *ill. Contr.* 14. *n.* 5. *& ſeqq.* Cauſſaque ad ſuperiorem remittenda, qui etſi non minus poſtea condemnet plus credens pluribus quam uni, tamen ita non reus fiet mortis inſontis, qui ipſe quantum in ſe fuit cavit ne inſons damnaretur: Si ſecius continget nihilo plus ei imputandum quam teſti uni vere deponenti, ſi tres alii falſum dicentes ei contradicant &c.

11) Ampla hic dicendi ſeges de remediis contra denegatam, aut protractam ſive dilatam iuſtitiam. Sed modus inſtituti non fert hac vice, vid. Mynſ. 2. *Obſ.* 24. & 74. & 3. *Obſ.* 57. ac 5. *Obſ.* 82. Gail. 1. *Obſ.* 28. Ant. Fab. *C. ſuo l. de appellat. de fin.* 4. P. Greg. *Lib.* 2. *de Appell.. C. ult.*

12) Quod & vult Cuiac. *in not. ibid.* nec adeo improbabile videtur.

13) *L. ult. C. ut intra cert. temp. crim. quaſt. termin. Nov. Manuelis Comneni C.* 2. edita a Carolo Labbæo. At cur cauſſis gravioribus, inquies, brevius tempus indulgetur? Cuiac. 17. *Obſ.* 23. Reſp. quia cauſſæ privatæ multo ſæpe obſcuriores Cic. 2. *de Oratore*. Melius alii ex reorum favore ſtatutum eſſe, ne diutius affligantur, ac interim ſitu carceris ac ſqualore conficiantur, Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 1. Nicol. Sudor. *Lib.* 1. *Diſp. civil. pag.* 24. Et quia executionem non protrahi & reorum in carcerem impactorum & Principis & populi & omnium denique ad exemplum publice intereſt. P. Fab. *ad L.* 155. §. *ult. de R. I. pag.* 632. add. Ventura de Valentiis *Parthenii litigioſi Lib.* 2. C. 12. *n.* 19. *& ſeq.* Tametſi Bodin. 4. *de Rep.* 6. *n.* 464. tardiſſime ad capitales ſententias veniendum eſſe, tum ne præcipiti temeritate ſententia de morte hominis feratur, tum ut vel pœnitentia admiſſi, vel pœna graviori quo longius exacta aliis fructum de ſe facinoroſi præbeant. Sane feſtinatio nimia in his tanto periculoſior, quanto pretioſior iactura vitæ, quam bonorum reparabilis amiſſio, vid. Ian. Langlæ. 11. *ſemeſtr.* 2. Aſt certe *d. L. ult.* tota in favorem reorum accuſatorum lata, quippe iubens ni intra biennium reum peragat accuſator, ab accuſatione illum abſolvi: Unde & pœnæ in accuſatorem ſtatutæ *L.* 1. & 2. *C. eod.* leniores tamen aliquanto quam ſi de rei innocentia conſtiterit, aut calumnia pateſiat, Nam & hic reus ab inſtantia abſolvitur, ac ab alio denuo accuſari poteſt, opinor, cum ſecus ſit, ſi definitive abſolvatur *L.* 7. §. 2. *D. de accuſ.* Olim annus fuit. Quomodo *Lib.* 9. *C. Theod. tit.* 36. *ut intra annum criminal. quaſt. term.* Cuius veſtigium in *L.* 7. *pr. de muner. L.* 15. §. *pen.* (ubi verba: *vel biennio* a Triboniano adiecta) *ad SC. Turpil.* vid. Cuiac. 1. *Obſerv.* 8. *& div. temp. praſcript. C.* 21.

biennium excedat: in pecuniariis cauſſis, ne lis excedat [14] triennium. Nec vult referre, qualis ſit iudex, magiſtratuſne, an privatus qui a magiſtratu aut Principe datus ſit. Duas cauſſas [15] excipit: Fiſcales, & publicarum functionum cauſſas, propter utilitatem publicam videlicet. Hoc in principio legis. Ni intra hoc tempus litem dirimat iudex, cavit reliqua conſtitutione, ne eſſet impune. Atque hæc eſt in eo eius conſtitutionis ſumma.

XI. Quoniam non ſolum fieri poterat, ut ſtaret per iudicem, quominus lis intra tempus ſuprafcriptum finiretur: ſed etiam ſtaret per alios, quorum vel præſentia, vel opera in lite neceſſaria eſt: ut litigatores, tutores, curatoreſve litigatorum, item patronorum cauſſæ: hos omnes perſecutus cavit in ſingulis, quid fieri oportet, ſi quid fieret per eos, quominus lis ad exitum perveniret intra conſtitutum tempus. In eoque hunc ordinem ſecutus eſt: Si per actorem, reumve ſtabit, dum alteruter aberit, & ſui poteſtatem non faciet, cavet quid facto ſit opus in §. & *ſiquidem*, & §. *ſin. autem reus*. De quo dicam poſtea opportuniore loco. Si ſtabit per iudicem, aut patronos cauſſæ deinceps pœnam adverſus eos conſtituit. §. *in illo*. Extremo loco cavet de tutoribus, & curatoribus, & hoc conſtituit. ut ſi per eos ſtabit, res geratur adverſus pupillum, eumve, cuius de re agitur, eodem modo quo agi ſolet adverſus cæteros litigatores, qui abſunt, eundemque iſti litis exitum patiantur, quem cæteri, id eſt, ut ordine edictorum peracto, de cauſſa cognoſcatur, & pronuncietur, tum ſententia rata ſit, niſi ab ea provocetur. Hoc eſt enim quod Iuſtinianus dicit: Etſi cauſſa minorum eſt, lis nihilominus ſuum habebit vigorem. Habet lis, & inſtantia ſuum vigorem, id eſt, ſuam vim, & ſuum tenorem, cum eodem modo peragitur, itemque valet adverſus minores, quo peragitur, quodque valet adverſus maiores. Sed de periculo litis Iuſtinianus ita cavet, ut hoc tutores ſuſtineant, ſi ſolvendo ſint: ſi non ſint, ut minores, qui culpa tutorum, curatorumve victi ſunt, in integrum reſtituantur: hoc in §. *ult*. Hæc iudicare de ſententia conſtitutionis mihi viſum eſt ſatis. Cætera nullo negotio ex ipſa conſtitutione peti poſſunt. Sed exſiſtit ex ea dubitatio. Iubet Iuſtinianus in initio, ne lites ultra triennium protrahantur. Quid fiet, ſi lis intra hoc tempus finita non fuerit? Puto [16] finiri inſtantiam, & ipſo iure utrumque ex litigatoribus abſolutum eſſe iudicii obſervatione ita, ut ſi iudex poſtea iudicet, iudicatum litigatores non teneat. Ita ſi de re quis agi velit, novo iudicio opus eſſe, argument. *L. non dubium*, *C. de legib*. Quod ego ſic interpretor, ſi litigatores velint hunc eſſe rei exitum: Quod ſi conſentiant poſt triennium, ut iudex idem ſententiam ferat, ſine nova inter-

14) Quod cum Iuſtinianus ſe primum præſtitiſſe præ ſe ferat *d. L.* 13. *pr.* eum vel Tribonianum quod Domino ſuo id falſo adſcribat arguit Ræv. 4. *Var.* 14. cum ex Sidonio Apollinari (qui vixit tempore Zenonis) *Lib.* 8 *Epiſt.* 6. conſtet eo iure ante quoque Romanos uſos eſſe. Sed refellitur a Cuiacio 9. *Obſerv.* 24. Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* ac Io. Savarone *Comm. ad Sidon. d. loc.* quia locus Sidonii loquitur de præſcriptione 30. annorum & ibi non *trienni* legendum ſed *tricennii*. Sed videntur 20. ſolum dies controverſiis civilibus & criminalibus tributi *L. un. §. ult. C. ut om. iud. tam civ. quam mil.* Reſpon Sudor. *Lib.* 1. *Diſput. civil. pag.* 25 ibi iudicis mulctam ſtatui, non litigatorum, nec inde oriri litis peremptionem. Potius dico contineri exceptionem (a regula generali) *d. §. ult.* de litibus motis iudicibus provincialibus poſt depoſitum officium. Qui cum non cogantur manere in provincia ultra 50. dies, intra id tempus & brevius quidem *huiuſmodi* (quæ vocula in *d. §. ult.* notanda) lites terminandæ.

15) Quibus ſex menſes tributi *L. ult. C. de iure fiſci*, Cuiac. *de Div. temp. præſcript. C.* 18. In cauſſis quoque clericorum tempus brevius, duorum menſium *Nov.* 83. *præfat. §. ult.*

16) Iure Canonico vero inſtantia omnis perpetua *C. pen. de iudic. & ſimil.* Sarmient. 2. *Select. Interpretat.* 13. *n.* 12. Veſtr. *Pract. Rom. Lib.* 3. *C.* 5. Inveteratuque iudiciorum abuſu diſpoſitio *d. L. properandum* nec in Camera Imperiali, nec in aliis curiis totius, credo, orbis Chriſtiani ſervatur, teſtantibus Mynſ. 1. *Obſerv.* 51. *n.* 8. & 2. *Obſ.* 48. & 3. *Obſ.* 44 *in fin.* Gail. 1. *Obſerv.* 141. *n.* 7. Hartm. Hartm. *Obſ. miſ. C.* 1. *Obſ.* 16. Veſtr. *d. Lib.* 3. *Cap* 5. ibique Gravat. *in annot.* Gutierrez. *de Iuram. confirmat. P.* 3. *C.* 5. *n.* 4. Weſenb. *ad Rub. C. h. t. n.* 46. & *Conſ.* 5. *n.* 42. Beuſt. *ad L.* 1. *D. de iureiur. n.* 81. Frideric. Schenck. L. Baro a Tautenberg. *Progymnaſ. fori Lib.* 2. *Tit.* 14 Io Meichſner. *Lib.* 1. *Deciſ. Camer.* 16. *n.* 2. & *Tomo* 4. *Deciſ.* 22. *n.* 36. Quotquot denique cuiuſcunque gentis, cui modo iuris noſtri ſua conſtat auctoritas, auctores de hac materia inſtantiæ, ut ea curratur vel perimatur, ad ſucceſſores tranſeat &c. tractant, idem agnoſcere videntur. Tractant de ea præcipue (quid enim referrem eos qui perfunctorie?) Anton. Sola *in Conſtit. antiq. Sabaud. rubr. de iudiciis decreto ad cauſſarum Caſtille Contr. quotid. Cap.* 9. lite Ioan. Bapt. Aſin. *Praxi iudic. princip. §.* 1. & 2. Gutierrez. 2. *d. P.* 3. *Cap.* 5. Menoch. 1. *Arb. Q.* 21. & *ſeq.* & *Recup. poſſeſſ. Remed.* 1. *n.* 229. & *ſeq.* Blarer. *in L. diffamari Cap.* 9. *n.* 6. *pag.* 268. & *ſeqq.* Vant. *Titul. de Nullit. ex defectu iuriſd. n.* 115. *uſque ad n.* 128. Odd. *de Reſtit. in int. Q.* 67. *Art.* 1. Mynſ. 3. *Obſerv.* 44. & *ſeqq.* Afflict. *Deciſ.* 346. Grammatic. *Deciſ.* 69. & 91. Sixtin. *Conſ. Marpurg.* 10. *Vol.* 3. Inſtantia a lite quid differat vid. Don. *ad L.* 4. *C. de pact. n.* 6. Quanquam vero triennium iſtud nimis breve putet Frid. Schenck. *d. Tit.* 14 tamen ſi iudiciorum ordo priſco vigori & nitori reſtitueretur, ſatis id longum foret. Verum, ut nunc res ſunt, id vix ſperare integrum,

. . . . Sero etenim medicina paratur.
Cum magna per longas invaluere moras.

vid. Ventura de Valentiis *Parthenii litigioſi Lib.* 2. Ubi *C.* 15. quibus artibus hodie lis extrahi poſſit, quæ utinam non nimis notæ eſſent tabulariis, & *C.* 16 cauſſas ſpeciales litium protelationis in Camera imperiali percenſet, ob quas id tempus, in hoc rerum ſtatu, ſervari impoſſibile.

interpellatione, & iudex ſeſe det, puto ſententiam [17] valere, *argum. L. 2. §. ſi & iudex, D. de iudic.* Etſi enim quod ſit contra legem, pro infecto habendum eſt. *d. L. non dubium*. Tamen pro utilitate communi conſtitutum eſt, ut peragatur lis intra triennium, quo celerius ſine incommodo litigatores ſuum conſequantur. Id malicioſa interpretatione in eorum perniciem vertere non debemus, *L. nulla, D. de legib.*

17) Ita Walther. 1. *Miſcell.* 20. conſenſu partis utriuſque inſtantism prorogari poſſe. Contra Hot. *ad d. L.* 13. quia magis hoc pro communi utilitate ſtatutam, quam commodis privatorum. Perempta inſtantia an maneat effectus litis conteſtationis quoad perpetuationem actionis, vid. Nicol. Valla *de Reb. Dub. Tr.* 15. Giſan. *ad L.* 33. *de O. & A. n.* 7. qui negant.

C A P. I I.

Iudicare quid ſit, iudicem in iudicando id ſervare debere, quod ius & leges iubent, ac quid fiat, ſi ius ſcriptum videbitur pugnare cum æquitate, quid ſit ius, quid æquitas. *ad L. placuit, C. de iud.*

Iudicare eſſe idem, quod controverſiæ finem imponere condemnatione vel abſolutione. I.
Quilibet iudex ſive magiſtratus iudicare debet, prout iubent leges aut mores. II.
Ubi ius ſcriptum ab æquitate diſſentiat, hanc illi præferri oportere. L. placuit 8. C. de iudic. *exponitur*. III. V. VI. & ſeqq.
Propoſitum auctoris, & ordo rerum. IV.
Quid ſit ius, quid æquitas; quid hæc ab illo diſtet, illuſtratur exemplis. V.
Superiori definitioni contraria diluuntur. VII. VIII.

I. Poſtquam convenit ita eſſe iudicis iudicare, de qua re cognovit, ut eum iure id facere oporteat: reliquum eſt, videamus, quid ſit iudicare, ut ſciatur, quid iudici eo verbo iniungatur: tum nunquid ſit, quod eum in iudicando obſervare conveniat. Iudicare dictum eſſe vult Varro a iure, & dicendo, ut ſit ius dicere de re controverſa. Apertius Modeſtinus in *L. 1. D. de re iud.* quid contineretur hoc verbo, declaravit. Etenim rem iudicatam eſſe definiens eam, quæ finem controverſiæ accepit pronunciatione iudicis, ſatis oſtendit rem iudicare, eſſe pronunciare, ſeu ſententiam ferre de re controverſa ita, ut ea pronunciatione, & ſententia, ſi quis eam ſequi velit, finis liti & controverſiæ imponatur. Ut autem res finem accipiat controverſiarum, Modeſtinus eodem loco docet ita contingere, ſi iudex reum condemnet, aut abſolvat. Et hoc eſt ius dicere, quod eo verbo contineri Varro dicit. Eſt enim iuris iubere aut vetare. *L. 2. L. legis, D. de legi.* Iudex autem condemnando iubet reum dare, aut facere, quod petitur: abſolvendo, ab eo peti vetat: atque hoc modo quaſi ius ſtatuit. Sed ut imponatur finis controverſiæ, ſit etiam hoc pacto, ſi etiam rem iudex, aut quantitatem dicat, in qua reum condemnet. Nam quæ ſententia incerta eſt, ea non dirimit controverſiam, ſed eam quæ eſt, relinquit, vel auget etiam. Sed de hac definitione dixi exactius ad *L. 1. D. de re iud.* Hæc vero duo, quæ dixi modo, ita ſunt propria iudicii, & ſententiæ, ut non modo ſine his non ſit ſententia, (ex quo illa, non valere ſententiam, quæ condemnationem, vel abſolutionem non continet. *L. 3. C. de ſenten. & interloc. omn. iud.* Item, ſine certa quantitate factam condemnationem rei iudicatæ auctoritate non cenſeri. *L. penult.* & *ult.* & *tot. tit. C. de ſenten. quæ ſine cer. quantitat. prof.*) ſed etiam hoc vice verſa valeat, ut ſi hæc duo interveniant, tum intelligatur ſententia dicta eſſe, & res iudicata. *d. L. 1. D. de re iudic.*

II. Sed male ſe res habeat, ſi permittatur iudici, ut quo velit modo, ita iudicet, & ſententiam ferat. Itaque refert iure & qualem ſententiam dicat, & quomodo dicat, ideſt, quo ritu, quibuſve adhibitis ſolemnibus; de qua re demum dicam libro horum commentariorum ultimo capite 3. Nunc in genere ſententiæ hoc exigitur, ut iuſte iudicet: ideſt, ita ut [1] ius & leges iubent. Non enim temere

1) Ac perpluribus locis iubentur ſecundum leges iudicare *Nov.* 24. *C.* 2. *Nov.* 25. *C.* 2. *princ.* & §. *ult. N.* 26. *C.* 3. *N.* 79. *C.* 1. *N.* 86. *C.* 1. & *C.* 3. *in fin. Nov.* 113. *præfat.* & *C.* 1. *pr.* ac §. 1. & *C.* 2. *N.* 125. *C.* 1. *Nov.* 149. *C.* 1.

mere eſt, quod exigitur, ut ante omnia cauſſam cognoſcat. Hoc ſine dubio eo ſpectat, ut re bene cognita ita deinde iudicet, ut rei cuiuſque qualitas poſtulare videbitur. Quod tamen initio nobis conſtituendum videtur, primum quia ſunt, qui

C. 1. Quod & diſtricte ac gravi pœnæ comminatione præcipitur in conſtitutione Leonis & Alex. *Impp. Orientis*. Hinc iudices in leges iurabant, vid. *ſupra Lib.* 24. *C.* 3. *N.* 3. Scite Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. ita iudicari oportet, ut lex ipſa ſi loqui poſſet iudicaret, ut ſit Lex quaſi anima iudicis, iudex quaſi vox legis; add. *not. h. C. N.* 5. Ex iure itaque certo; quoad eius fieri poteſt, litem iudex dirimat. Ubi primo leges municipales ac conſtitutiones provinciales, ſi quæ ad propoſitam cauſſam pertineant, attendat Gail. 1. *Obſ.* 36. *n.* 12. *& ſeq.* vid. Ant. Sola *ad conſtit. Sabaud. Proœm. decretor. gl.* 4 (Ubi *n.* 50. quod tantum poſſit L. municipalis apud ſuos ſubditos quantum univerſalis in toto orbe) Guttierrez *de Iuram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 70. Ventura de Valentiis *Parthenii litigioſi Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 42. *& ſeqq.* Forner. 1. *Select.* 13. ubi errare oſtendit qui uſum populi ac conſuetudinem pro lege municipali cenſent. Sed ſi ius commune corrigant, ſtricte interpretandæ, nec facile protrahendæ ad caſus ſimiles, ut DD. vulgo Alb. a Roſate *Lib.* 1. *de Statut. Q.* 9. Gail. 2. *Obſ.* 33. *n.* 9. Schrad. *de Feud. P.* 7. *Cap.* 5. *n.* 67. quibus contradicit Duat. *ad L.* 3. *de aeq. poſſ.* licet minus apte inde ſtricti iuris vocitentur, Turamin. *Lib. ſing. de Legibus P.* 3. *C.* 5. *n.* 17. *& ſeqq.* cum diſtinctio bonæ fidei & ſtricti iuris actionum & contractuum propria nulli legi communi vel particulari conveniat &c. Ut tamen ita interpretatio fiat ne ſit ſupervacua, ſed ut aliquid ultra iuris communis diſpoſitionem operentur, poſt alios Schrad *d. P.* 7. *C.* 4. *n.* 53 *& C.* 7. *n.* 35. niſi exinde quis indebite læderetur, ubi potius eſſet, ut ſuperflua ſit quam captioſa & iniurioſa, Gail. 2 *Obſ.* 33. *n.* 7. ſed & in iiſdem uſus loquendi prævalet propriæ ſignificationi, Tiraquel. *de Retr. lign.* §. 2. *gl.* 1. *n.* 5. *&* 6. Sichard. *ad L.* 1. *Cod. de inreinr. cal.* *n.* 52. *& ſeq.* Gail. 2. *Obſ.* 79. *n.* 5. Poſthæc conſuetudines locorum, ubi vigent obſervandæ, text. *L.* 3. *Cod. de ædific. privat. Cap.* 3. *de eo qui mitt. in poſſ.* Schurf. *Cent.* 3. *Conſ.* 51. *n.* 4. Gail. 1. *Obſ.* 36. *n.* 12. *& ſeqq.* Meichſner. *Tomo* 4 *Deciſ. Cam.* 37. *n.* 21. *& ſeqq.* Et iuxta eas iudicandum, ſi notoriæ, etſi non allegatæ Gail. *d. Obſ.* 36. *n.* 16. Gutierrez. *d. Cap.* 70. *n.* 3. Quia ait *ibid.* n. 6. quod notorium, etſi non probandum, allegandum tamen ſit, procedit ad finem proſequendi, non ad finem notitiæ, quæ alias habetur, add. *not. ſupra Lib.* 18. *Cap.* 4. *N.* 5. Ubi autem non notoria ſententia contra lata iure non eſt nulla. Alb. a Roſate, *Lib.* 2. *de Statutis Q.* 195. Bald. Peruſin. *Tr. de Statutis v. Index n.* 4. Ortof. Forman *Diſput. Inſtit.* 36. *Theſ.* 1. *lit.* B. Doctori de conſuetudine aſſerenti, an credatur, vid. Mynſ. 6. *Obſ.* 68 Differt autem a conſuetudine ſtilus iudicii ſeu Curiæ qui nihil merita cauſſæ attinens in ordine iudicii moderando & exercendo verſatur, ut poſt Decian. *Lib.* 1. *Conſil* 11. *n.* 161. Iacob. Schult, *Obſ. forenſi* 6. *n.* 1. Eiuſdem vero obſervandi neceſſitatem non minorem iudici iniungunt: ut præter citatos a Schul. *d. Obſ.* 6. *n.* 2. *&* 3. Viv. *Lib.* 2. *Deciſ.* 297. *& Lib.* 3. *Deciſ.* 401. *n.* 32. Anton. de Gamma *Deciſ.* 17. *n.* 7. ubi quod vim legis obtineat & quod faciat ius, ubi lex non reperitur contraria, Fr. Curt. *ſenior. Conſ.* 65. *n.* 19. quod pro lege allegari poſſit & det formam quæ omitti non debeat, Io. P. Surd. *Lib.* 2. *Deciſ.* 135. *n.* 2 Et plura de eo Guid. Papæ *Dec.* 198. Menoch. 7. *Præſumpt.* 8. Meichſner. *Tomo* 1. *Lib.* 2. *Deciſ. Cam. n.* 3. *n.* 33. Quæ autem neceſſaria ad probandum ſtilum Curiæ vid. Peregrin. Iannin. *Lib.* 1. *de Citat. reali Cap.* 5. *n.* 72. *& ſeqq.* Ex horum neutro ſi lis dirimi poſſit veniendum ad ius commune. Enimvero etſi in ditionibus his ceſſantibus ſtatutis locorum & conſtitutionibus Provincialibus prior ratio iuris Saxonum communis, non tamen aliter id obſervari quam quatenus uſu Curiarum receptum eſt, ut vera eius cognitio magis ex praxi forenſi quam libris vulgatis addiſcatur, monet poſt Hart. Piſt. *Par.* 1. *Q.* 16. *n.* 11. & alibi Coler. *de Proceſſ. exſec. P.* 1. *Cap.* 3. *n.* 20. Iac. Schult. *Obſ. forenſ.* 54. *n.* 19. *& Q. pract.* 2. *n.* 17. And. Scheffer. *P.* 2. *Q. pract.* 14. Iac. Aleman. *Conſult.* 2. *pag.* 78. *& Conſ.* 6. *pag.* 299. Et ubi obſcurius, iuxta ius commune Interpretandum *Nov. elect* 45. *P.* 2. Confer de Iuris Saxonici origine &c. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 8 Ius commune dum dico, conſtitutiones quoque Imperatorum noſtrorum noviſſimas & receſſus imperii ac Comitiorum &c. comprehendo. In quorum defectu demum ad libros iuris Iuſtinianei iudicanti recurrendum: de quibus *ſupra Lib.* 1. *C.* 11. Quod ius commune & alii, qui ſuperiorem hodie Imperatoribus non profitentur vocant, vid. *ſupra Lib.* 1. *Cap.* 16. *N.* 7. & nos fortiori ratione, quod a Lothario Saxone Imperatore reſtitutum ſit & a ſequentibus Imperatoribus comprobatum. Pari vero loco non habendæ *Novellæ Leonis* tum quod non pariter reſtitutæ a Lothario, tum quod in imperio Occidentis vim legis nunquam habuerint. Ant. Guibert. *de Sponſal. Cap.* 2. *n.* 18. Goed. *de Contr. ſtip. C.* 6. *n.* 274. Nam alius eo tempore Occidentis imperio præfuit σύγχρονος Leoni Carolus Craſſus, vid. Cuſpianus *in eius Vita & hiſtor. Carionis*. Adhæc eædem nec apud ſuos ſubditos ſatis valuerunt, Cuiac. 17. *Obſerv.* 31. Sc. Gentil. 4. *de Don. int. vir.* 13. cum multa in illis fiducia Philoſophiæ temere innovata ſint, Goed. *d. loc.* & Alber. Gentil 2. *Lect.* 2. *&* 1. *de Nupt.* 6. qui corruptas ſæpius eſſe leges Iuſtiniani quam correctas iudicat, quod rationem earum Leo non perceperit. Ita enim Mich. Attalitta *Synopſi poſt. tit.* 95. *fol* 77. Novellas complures edidit (Leo Imperator) ſed robur nullum obtinuerunt, præter illas quæ legibus aliis non exſtantibus ſcriptæ vel in appendicem prætermiſſorum in Novellis Iuſtiniani factæ. Verba Græca refert Cuiac. *d. Cap.* 31. Nec tamen dicendum eſt ac ſi ex quæ ius vetus explicant, aut ſupplent, auctoritatem iuris apud nos etiam habeant ut velle videtur Cuiacius. Defecit enim omnimodo ſancientis poteſtas, qui leges non ſubditis nunquam dixit, nec potuit *L. ultim. de iuriſdict.* Nec ad aliud igitur nobis proſunt quam ad illuſtrandum & interpretandum quandoque locos obſcuros. Quod idem de libris βασιλικῶν, quorum idem Leo auctor, Cuiac. 6. *Obſ* 9. iudicium eſt Goeddei *ad Rub. de V. S. n.* 31. *&* Val. Guil Forſt. *in Delineatione auctoritatis iuridica*. Minus tribuendum Paraphraſi Inſtitutionum Theophili. Quem etſi valde commendent Cont. 1. *Diſp.* 1. *n.* 1. *&* 2. *Subſec. Lect.* 1. Cuiac. 27 *Obſ* 22. *&* Chriſtoph. Hegendorfin. *Epiſt. tyrocin. civilis*, pro commentatore tamen ſolum optimo venditant. In quo ipſo tamen aliis, haut ſcio an non ex merito, aliud viſum eſt Connano 2. *Comm.* 15. *n.* 13. *&* 9. *Comm.* 7. *n.* 4 Ant Aug. 4. *Emend.* 8. Claud. David. *Vetuſtat. legali ad* §. 1. *I. de iure nat. gent. & civ* Curt. 2. *Coniect. ad fr.* 49. Neque enim is eſt qui ſocius Triboniano, ſed auctor recentior, ut A. Gentil. 5. *de Nupt.* 11. & Chriſtoph Milæus *de Scribenda univerſit. rer. hiſtoria Lib.* 5. *pag.* 381. qui ad Michaelis Ducæ Imperatoris Græco Romani tempora eas inſtitutiones refert. Sicuti & Harmenopulo aliiſque Græcia interpretibus fidem in pluribus plerique derogant, Don. *de Præſc. verb. C.* 22. *n.* 4. *& ad Rub. D. de cond. triticia.* *n.* 9. Hotom. *ad L.* 5. *C. de ind.* Forner. 2. *Select.* 18. *in fin.* Muret. *Obſer. iur.* 2. Ræv. *ad L.* 3. *de R. I.* Forſt. iunior. *de Pact. C.* 8. *pag.* 255. *& in Delineat. auct. iurid.* Contra quam Cuiac. paſſim. P. Fab. *ad L.* 161. *de R. I. pag.* 669. Mercer. *in Conciliatore pag. m.* 705 Nec omnis quoque indulgendum iis, qui fragmentis C. Theodoſiani, Gregoriani &c. ac quæ iis adiuncta habentur ad emendationem librorum iuris Iuſtinianei nimiopere utuntur, licet uſus moderatus admitti poſſit. Auctoritas vero iuris iis nulla in litibus definiendis, uti nec reliquiis ex Ulpiani titulis, & Pauli ſententiis Quos & pro collectaneis ab anonymo congeſtis, nec genuinis operibus Ulpiani & Pauli habet P. Greg. 42. *Synt.* 20. *n.* 4 Etſi illas (Ulpiani) genuinas cenſeat Pithœ. *in Not. Lib.* 2. *Collat.* (*L. Mo ait.* Has autem (Pauli ſententias) ita ab epitomatore deformatas eſſe, ut ſi cum his quæ in Pandectis ſumptæ ſunt ex eodem libro, conferantur, diverſa omnino videantur, ſcribit Cont. 1. *Subſec. Lect.* 4. *n.* 5. Nec Caii Inſtitutionibus. De quibus quid habendum, vid. *not. ſupra Lib.* 4. *Cap.* 36. *N.* 2. Utut genuina opera eſſent, auctores privatos habent, non legiſlatores. Multo minus Poetarum aut Philoſophorum ſententiæ & præcepta ethica vim legis obtinent, ne quidem in caſibus per leges non deciſis, ut contra Paul. Caſtrenſ. Forſter. iunior. *ſupra de Delineat. auct. iuriſdict.* etſi non improbandum eorum ſtudium, qui ad illuſtrandum ius noſtrum eiuſque principia moderate adhibent. Nunquid autem & rubricæ ad deciſionem cauſſarum allegari poſſint, & quando, cum nempe a dictione *ut* vel *ne* incipiunt, (non ſi a verbo *an*) & cum perfectam orationem habent, ubi & capita ſubiecta (nigrum vocant,) dilucidationem ex rubro accipere notant, vid. Bald. Peruſin. *Tr. de Statutis v. Rubrica*. Sneidvin. *in Rub. I. de act. n.* 9. *& n.* 11. *& ſeqq.* Speckh. *Cent.* 1. *Q.* 92.

qui dubitent de maioribus magiſtratibus: deinde quia exſiſtit interdum dubitatio, quid fiat, ſi ius ſcriptum pugnet cum æquitate. Et de officio iudicis, in hac re ita diſerte ſcriptum eſt in principio tituli de officio iudic. *Et quidem imprimis illud obſer-*

Q. 92. Beuſt. *ad Rub. D. de iurei. n.* 27. Turamin. *ad L. non puto* 10. *de iure fiſci P.* 1. *C.* 4. *n.* 35. Rubrica vox illatina non eſt, ceu putat Vacon. 5. *Declar.* 65. quippe uſurpata olim Perſio *Sat.* 5. v. 90.

. . . . . . *Maſuri rubrica notavit.*

Prudent. *Lib.* 2. *contra Symmach.* Quintil. *Lib.* 12. *Cap.* 3. vid. Turneb. 4. *Adv.* 5. item Sidonio *Lib.* 7. *Epiſt.* 12. *& Lib.* 8. *C.* 6 peremptorias rubricas vocanti & Iuriſconſulto Paulo *L.* 2. §. *ult. de interd.* Dicta quod titulus cocco aut minio ruberet, Cuiac. *ante Parat. D.* Turneb. *d C.* 5. Caſaub. *Comm. ad Perſ. d. loc pag.* 418. Ioan. Savaro *Comm. ad Sidon. d. Epiſt.* 12. ſive quod veteres colore phœnicio titulos notarent, in honorem Phœnicum qui inventores litterarum, ut Raim. Corſ. 2. *Indag.* 12. ſive ut viderentur leges ſanguineum quiddam & horrendum minari, ut Chriſtoph. Coler. *Parerg. C.* 37. Plane in rubricis quædam ſæpe omitti, quæ ex ſuperioribus titulis intelligi debent, notat Duar. *ad Tit D. de vulg. & pup. C.* 1. Ex gr. de *confeſſis* ſcilicet in iudicio, de *pollicitationibus*, ſcilicet quæ Reipublicæ cauſſa fiunt, & *in Cod de verbor. Signif.* ſcilicet in teſtamentis, &c. Poſtremo de legibus Moſaicis quæri poſſet, an & quæ illis in noſtro foro auctoritas? Nulla fere aut modica, niſi ſi in novo fœdere repetitæ, vel per legiſlatorem approbatæ. Quo de vid. Menoch *Arb Cap* 290. *n.* 10 *& Cap* 357. *n.* 17. Tiraq. *de utroque Retr. in Præfat n.* 8. *& ſeq.* Balduin. *in Prolegom. de iure civili*, Ioach. Steph. 1. *de Iuriſd. Iud. Græc. & C.* 10. *n* 45 Gœd. *de Contr. ſtip C.* 7. *n.* 292. *& ſeqq.* Ventura de Valent. *Parthenii litig. Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 35. item alii: fuſe Dominic. Soto *de iuſt. & iur. Lib.* 2. *toto.* Min Celſ. *de Hæret. Cap ſupplic. non affic. Sect.* 3. *p.* 183. *& ſeqq* Danæ. 5. *Polit. Chriſt.* 2. Io. Gerhard. *Polit.* Q. Q. *Decade* 5. Q. 7. Num cauſſæ Iudæorum iuxta illas an Romanas LL. iudicandæ, Tiraq *de iure primigen.* Q. 66. Laurus de Palatiis *Comm ſuper Statut. exclud. fœm. n.* 253. *& ſeqq.* Ioan. Petr. Surd. *Deciſ.* 133. Speckhan. *Cent.* 2. *Claſſ.* 1. Q. 18. Satis de his. Quid ſi ius certum deficiat? A communi opinione non facile diſcedendum iudicavi. Cui tantum quidam tribuunt, ut ſi contra iudicaverit, litem ſuam facere ac parti læſæ teneri ad intereſſe, cenſeant poſt alios citatos Weſ. *Conſ.* 88. *n.* 25. Freher. *Lib.* 1. *de Fama Cap.* 2 *n.* 10. add. Toming. *Deciſ.* 23. *n.* 15. Rebuff. *Privil. ſcholar.* 72 Suarezenh. *ad L. nemo C. de ſent. & interl. n.* 108. *& ſeq.* Lanc. Conrad. *de Off. prot. in can civ.* v. *Sententia n.* 21 *& ſeq. & n.* 32 *ac* 2. *ſeqq* & ad hoc plures allegat Ia. Schul. *ad Mod. Piſt. P.* 3. Q. 126. *n* 18. Quod ipſum tum iuris auctoritate comprobari poteſt *L.* 1. *in fi. pr. de off.* Q. *L.* 4. *pr. de his qui not. inf. L. ita* 51. *pr.* verb. *dicitur vulgo ad L. Aquil. L.* 12. §. *ſed ſi* 27. *de inſtr. leg.* verb. quam ſententiam quotidie increbeſcere & invaleſcere videmus *C. ſunt nonnulli* 25. v. *ſanctorum patrum Cap.* 16. Q. 1. *C. ne innitaris* 5. *de conſtit. C.* 1. *ibi non lege &c. extra de decimis C.* 2. *ibi*: doctorum patrum ſententiam teneat, *extra de presbyt. non baptiz. C. novimus* ibi: opinio a pluribus approbata *de V. S. & ſimil.* tum evidenti ratione & utilitate non caret. Quippe facilius veritas invenitur, quam plures perquirunt & inveſtigant *L. ult. C. de fideicom. C. ult. diſt.* 20. & integrum iudicium habetur, quod plurium ſententiis comprobatur, *Clem.* 1. verſ. *quod etiam de cens. excom.* Atque ut Ariſt. 3. *Polit.* 11. ſicuti cœna collatis plurium ſymbolis apparata melior, quam quæ unius erogatione, ita iudicium multorum peritorum & expertium de operibus artis ſuæ acrius meliuſque, eum in unum omnes collati veluti unus homo, ſed cui plures oculi manus, pedes, ſenſuſque, conſiderentur. Id quod de iure noſtro præcipue dici poterit. Cum enim & eius principia a ratione naturæ, quæ omnibus communis, ducantur ac profluant, & contentiones iſtæ iuris controverſi ad eadem, quoad eius fieri poteſt, reducendæ ſint, quantumvis magna ingeniorum ac iudiciorum ſit diverſitas, indeque opinionum varietas, ſi tamen plures primæ notæ & nominis, bene a natura, melius a doctrina, inſtituti & effecti idem ſentiant tutius iiſdem, quam ſingulis contra nitentibus credi, probabile eſt, add. Mercer. *in Conciliat. p.* 746. *& ſeq.* Toming *Deciſ.* 23 *n* 16. Langlæ 7. *Semeſtr.* 10. *pag.* 371. Verum hic tum cautio adhibenda in recte definienda communi opinione. Quæ non utique omnino ex numero opinantium æſtimanda, ſed auctoritate ac pondere melioris notæ primique nominis interpretum ducenda, Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 51. Menoch. 2. *Præſumpt.* 71. *n.* 40. *& ſeq.* Pacian. *Conſ.* 33. *n.* 4. Georg. Mor. *de Iure venandi P.* 1. *C.* 2. *n.* 7. Randenſ. *Deciſ.* 1. *n.* 12. Neque hic in calculo ineundo qui quid obiter, ac perfunctorie attigerunt, aliorumque opinationes nude ſecuti, eaſve incidenter ad aliud propoſitum accommudaverunt numerum augere dicendi, ſed qui re diſcuſſa & examinata in aliquam ſententiam devenerunt Probatiorque exiſtimanda, quam 6. vel 7. materiam iſtam plenius & ex profeſſo tractantes prodidere, quam quæ a 50. aliis, ſola fere auctoritate priorum nixis aſſentiuntur, vid. Alc. 4. *Parerg.* 12. Alb. Gentil. 3. *Lect.* 17. Menoch. *d. Præſ.* 71. *n.* 40. Io. P. Surd. *Deciſ.* 322. *n.* 82. H Piſt. *Lib.* 3. Q. 23. *n.* 35. *& ſeq. & Lib.* 4. Q. 19. *n.* 18. Confer Iacob. Cruquius *in Præfat. Rav. Triboniano præfixa.* Hoc modo ſi æſtimatur: iure meritoque ei in iudiciis ſua conſtat auctoritas: nec eſt quod quiſquam de eo iuſte queratur, niſi eandem non ſpecioſis & ſubtilibus argutiis impetere (quid enim eſt in univerſo iure quod impeti ita nequeat) ſed evidentiſſima legis aut certiſſima rationis auctoritate evertere poſſit; de quo mox Plures enim certo indicio rem expendentes labi & errare difficilius quam pauciores, tutiuſque, & ut Plin. *in Paneg melius omnibus quam ſingulis creditur.* Cæterum ſi communis abſolute dicitur cui plures quoquo modo adſtipulatores, de ea haud iniquæ multorum querelæ. Quomodo Zaſ. *in L.* 2. *de O. I* & ex eo Coutard. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 113 communes opiniones ex favore conſpirato prodiiſſe, dum quæ ab aliis ſcripta, negligentia non expendentes aliis tradidere, & hi item aliis, ut non tam ex animi ratione quam alienis vocibus colligantur. Et Greg. Lopez. *Præfat. Lib. ſing. animadv & C.* 7. *n.* 1. dum transferendis aliorum ſententiis paginas implerunt Doctores, inde communes opiniones pleraſque, & ſæpe falſiſſimas ortas eſſe, quæ leges in poteſtatem ſuam perduxerint. Turamin. *ad L. non puto* 10. *de iure fiſci P.* 1. *C.* 3. *n.* 22 deplorandam miſeriam vocat, quod in numeratione librorum, non argumentorum examine noviſſimorum induſtria verſetur. Quomodo & olim Dec. *Conſ.* 294. & ex eo Contardi *d. n.* 113. Ang. Matthæac. *Lib.* 2. *de Via iuris C. ult. n.* 9. & Georg. Mor. *de Iure venandi P.* 1. *C.* 2. *n.* 7. quod DD. inſtar ovium ad præcurſum, aut avium ad volatum anterioris, alii alios ſine iudicio ſequantur. TUM MODERATIO. Nam etſi ita, ut ſuperius, acceptæ non vilis auctoritas, non tamen uſque adeo ſui valitura momento, ut aut legem vincat aut rationem. Sæpiſſime enim maximo conſenſu noſtrorum traditum eſt eius, quæ evidenter falſa, quæ lege convinci aut ratione meliori, urgentique ac vehementi convelli poteſt, rationem in iudicando habendam non eſſe. Pinel. *in L.* 2. *C. de reſc. vend. P.* 2. *C.* 4 *n.* 43. Sarmient. 2. *Select. Interpret.* 10. *n.* 3. Scala 4. *de Conſil. ſap.* 24. Menoch. 2 *Præſumpt.* 71. *n.* 24. Iac. Omphal. *Lib.* 6. *de Uſurpat. legum C.* 11. Georg. Mot. *de Iure venandi P.* 1. *Cap* 2. *n.* 6. Matthæac 2. *de Via iur. ult.* Petr. Aug Morla. *Emporii iur. Parte* 1. *Tit.* 2. Q. 5. *n.* 6. Contard. *in L. diffamari C.* 5 *n.* 113. Coler. *d. Proceſſ. P.* 1. *Cap.* 6. *n* 91. *& P.* 4. *Cap.* 5. *n.* 36. *& ſeq. & Conſ.* 8. *n.* 105. Weſenbec. *Conſ.* 2 *n.* 5. *&* 6. H. Piſt. *Lib.* 3 *Quæſt.* 28. *n.* 23 *& ſeqq.* (addens etſi Imperator ipſe ſit in contraria ſententia, argum. *L* 38 *de minor,* ſicuti & Aromæ. *Lib.* 2. *Deciſ.* 13. *n.* 33.) Viv. *Lib.* 4. *Deciſ.* 414. *n.* 3. Raudenſ. *Deciſ.* 1. *n.* 118. Gail. 1. *Obſ.* 153. *n* 6. Toming *Deciſ.* 4. *n.* 12. *& Deciſ.* 48. *n.* 12. *& ſeqq.* Andr. Goldbecc. *de Succeſſ. Gerado Sax. Tit. de de Succeſſ cognat. deſcend. n.* 33. Atque hæc ipſa eſt communis, quod pauciorum aut ſingularis opinio fortiori ratione ſubnixa communi potior eſſe debeat, teſtantibus Curt. Iun. *Conſ.* 63. *n.* 3. *& Conſ.* 160. *n.* 11. Gravat. *ad Pract. Veſtrii Lib.* 4. *C.* 5. *lit. A.* Turamin. *ad L. non puto* 10. *de Iure fiſci P.* 1. *C* 3 *n.* 21. *& ſeq.* Cui ipſius Imperatoris Iuſtiniani iudicium ſuffragatur *conſt.* 1. *Deo auctore* §. *ſed neque ex multitudine* 6. *de concept. Dig.* ut & Pontificis Clementis III. *C. capellanus* 3. *extra de feriis* facit. *C ult. diſtinct.* 9. Neque tamen hæc ita accipienda, ut luſoria fiat receptæ opinionis auctoritas, tanquam iudex contra eam pronuncians audiendus ſit, ſi nude afferat ſe meliori ratione

obſervare debet iudex, ne aliter iudicet, quam quod legibus aut conſtitutionibus aut moribus proditum eſt. In Novel. 115. *ut cum de ap. cog.* §. 1. & *in authent. iubemus, C. de iud.* hæc item verba ſunt: *Cauſſæ cognitor non amplius exſpectans ſententiam proferat omnibus modis legibus & moribus convenientem*. Sed de præſidibus & ſummis præfecturis nonnulli [a] putaut hoc iuris eſſe, ut iudicare poſſint, prout eis æquum viſum fuerit, etiam ſi contra ius propter ea quæ leguntur in *Auth. hodie, C. de iud.* verba ſunt hæc: *Hodie iurant ſe facturos ſecundum quod eis viſum fuerit iuſtius & melius*. In conſtitutione Novella Iuſtinianus 9. unde hæc ſum-

ratione victum illam poſt habuiſſe. Neque eo ipſo innovatoribus, qui ea, quibus certa ſemper conſtitit interpretatio, immutare temeraria fiducia annituntur, quidquam tribui cenſendum eſt. Plane cum fere in ſcholis naſcantur, pubeſcant, ſeneſcant, creſcant, intereant communes opiniones, quæ eainde in iudicia cacunt: inde evenit, ut iuxta temporum varietatem varient, & quæ prius adverſa communi, poſtea fiat probatior, ex Mar. Salomon. *in Repet.* §. *reſponſa* 7. *Inſtit. de Iur. nat. gent.* Neviz. *Sylv. nupt. Lib.* 5. *n.* 4. Mathæac. 2. *de Via iur. alt. n.* 8. Petr. Heig *P.* 1. *Q.* 26. *n.* 46. Quid ſi in varietate ſententiarum neſcitur quæ ſit communis? Sæpius enim de eo contentiones & teſtificationes diſcrepantes. Sunt qui caſus pro amicis hic ſtatuant, ut iudici gratificari liceat utri maluerit, Lancell. Conrad. *de Offic. præt. in cauſſ. civil.* v. *Sent. n.* 28. Neviz. *Sylv. nupt. Lib.* 5. *n.* 74. Quod cum exemplo peſſimum ſit: religioſior erit iudex ſi omni affectu ſepoſito opinionem hic eam, quam rationibus hinc inde collocatis veriorem ipſe putat, præferat, Menoch. 2. *Præſ.* 71. *n.* 38. Gail. 1. *Obſ.* 153. *n.* 9. Confer. Stiatic. *Obſ. pract. C.* 23. *n.* 11. & *ſeqq.* Quod ſi in conflictu illo ambigat, utram in partem deflectendum ſit, melius erit per mediocritatem cauſſam dirimere, argum. *L.* 40. & *ſeqq. de her. inſt. L.* 7. *Ut Leg. ſeu fid. ea. cau.* Quod de Langlæ. 5. *Semeſtr.* 4. *p.* 230. Menoch. 1. *Arb. Q.* 53. *n.* 10. & *Q.* 56. & *Retin. poſſ. Remed.* 5. *n.* 755 & *ſequentib.* Teſſaur. *Deciſ.* 89. Fr. Munnoz. *Variar. computat. C.* 9. *n.* 6. & 7. Aſin. *Tr. de Execut.* §. 3. *C.* 137 Plane & in decidendo opinio per diſtinctionem alias contrariantes componens præferenda, argum. *L.* 7. §. 7. verſ. *eſt autem de acq. dom.* Aſin. *Praxi* §. 4 *C.* 10. *n.* 9 Menoch. 2. *Præſ.* 71. *n.* 47. Spectandum item quibus locis opiniones illæ proditæ. Sive enim alii ab aliis, ſive iidem, quod non rariſſimo a ſeipſis diſcrepent, etſi haut deſint qui maiorem conſiliis fidem tribui debere volunt, quod conſulendo dicta magis ſint appenſa & digeſta, Neviz. alios allegans *d. Lib.* 5. *num.* 26. Dauth. *in Prolegom. de ſtudio iur. ſub. fin.* longe tamen & tutius & probatius aliorum iudicium, qui tractatus ac Commentaria, item prælectiones præferunt, cum hic omne partium ſtudium æriſque ac quæſtus cupiditas ceſſet: cuius tamen ratione ſæpe ſæpius conſulentes magis quam veri ſtudio ducuntur, leges in ambabus manibus, ut Cravetta loquitur, circumferentes, unde tanta eorumdem variatio ac inconſtantia, ut quod Cicero de quibuſdam Philoſophis in illos non iniuria dici poſſit: nihil tam abſonum & inconſentaneum dici poſſe, quod non repertatur apud illorum aliquem prolatum, ut Marq. Freher. 2. *Parerg.* 6. *in fin.* vid. Cravetta *de Antiquitat. tempor. P.* 2. §. *propoſitum* 3. *n.* 48. & *P.* 4. §. *materia n.* 28. *p. m.* 206. Myuſ. 6. *Obſ.* 60 (qui de ſupremæ Curiæ iudicio atteſtatur) Hartman. Piſtor. *Lib.* 3. *Q.* 20. *n.* 25. Virgil. Piugita. *Q.* 53. *n.* 52. Ventura de Valentiis *Parthen. litig. Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 31. Cæterum ubi contradictione opinio caret, nec ſi unius ſit Doctoris, inde recedendum eſſe, poſt Alex. *in L. ſi filio* 25. §. *fin. Solut. matrim.* Coler. *Conſil.* 55. *n.* 6. etſi lege non probetur: modo nil contra urgeat, ex Gomeſ. Menoch. 2. *Præſumpt.* 71 *n.* 16. Licet alias nec Doctori inſigni nude aſſerenti lege aut ratione non allata fidendum, Surd, *Deciſ.* 335. *n.* 20. Caſtillo *Contr. quotid. C.* 23 *n.* 16. Arumnæ. *Lib.* 2. *Deciſ.* 1. *n.* 46. ut nec male allegauti Surdo *Deciſ.* 59. *n.* 8. Coler. *Conſil.* 4. *n.* 46. cum Doctoris dicta intelligenda ſint iuxta fundamenta, quæ allegat Tiraquel. *ad L.* 8. *Cod. de revoc. don. n.* 31 Ludov. Zuntus *Reſp. pro uxore n.* 200. & 990. Weſenbec. *Conſ.* 6. *n.* 64. & *Conſ.* 40. *n.* 23 Coler. *d. n.* 46. Arumæ. *Lib* 2. *Deciſ.* 4. *n.* 50. Sane veterum plerique non in hac ſolum ſingularitate, quod ferendum eſſet, ſed & alias gloſſæ Accurſii auctoritatem nimiopere elevant adeo, ut & communi opinioni præferant, ut citati a Gail. 2. *Obſ.* 153. *n.* 7. vid. & Rain Corſus 2 *Indag.* 6. *n.* 6. Guid. Pap. *Deciſ.* 277. ibique annotatores Fridericus Shenck. L. Baro a Tautenberg. *Concluſ. iur.* 59. Eum ſane & præ aliis mire commendant Cuiacius 3. *Obſ.* 11. & 12. *Obſ.* 16. Forner. 1. *Select.* 16. Weſenbecius *Conſultat. de iur. arte & ſcientia comparanda*, Chriſtophor. Milæ. *Univerſitat. rerum hiſtoria Lib.* 5. *pag.* 383. Attamen ut ex Zaſio 1. *Sing. Reſp.* 7. *n.* 10 Gail. *d. Obſ. n.* 8 periculoſe erratur dum nimium ei tribuitur, cum privatus utique interpres, non legiſlator fuerit, ridendique eorum imperitia, qui gloſſas adducunt in re ſæpe claris legum verbis deciſa, ut & qui alios DD. cumprimis Bartolum, qui legum vexillifer nuncupatur. Ludov. Zuntus *Reſp. pro uxore n.* 74. ſupremus Doctor cuius traditionibus ſoleat ineſſe ſubſtantia veritatis, Rom. *Conſ.* 469. referente Rain. Corſ. 2. *Indag.* 6. *n.* 2. aliiſque elogiis decoratur fuſe Curt. Senior. *Conſ.* 23. *n.* 16. Neviz. *Sylv. Nupt. Lib.* 5. *n.* 26. *p.* 438. & *ſeqq.* Attamen Cuiac. 12. *Obſ.* 16. quicquid ab Accurſio aberrat Bartolus, vanas fictiones & ægri ſomnia videri. Denique etſi rebus iudicatis aut præiudiciis iuris auctoritas non ſit, vid. Donel. *ad Rubric. Cod. de Teſtib. in fin.* cum de uno homine fiat iudicium, non Lex ut ex Hippocr. *Epiſt. ad Hermodorum* Langla. 1. *Semeſtr.* 5. Unde nec Papæ aut Imperatoris ſententia ſi iuri adverſa, nec in vim legis prodita, ius facit; vid. Zaſ. *in Par. D. de conſtit. Primo. n.* 5 Tiraq. *de iure primigen. Q.* 40. *n.* 165. Menoch. *Lib.* 1. *Præſumpt.* 2. Pacian (quodammodo diſſentiens) *Conſ.* 149. *n.* 64. ut omnino probat *L.* 13. *v. conſultationes C. de ſent. & interloc.* Nec placita Curiæ ſupremæ, ut Cameræ, Vult. *Conſ. Marp.* 34. *n.* 53. *Vol.* 1. Senatus Pariſini, Coraſ *ad L.* 25. *de ſta. hom. n.* 6. Rotæ Romanæ, Viv. *Lib.* 3. *Deciſ.* 401. *n.* 10. (de cuius & auctoritate & unde dicta Neviz. *Lib.* 5 *Sylv. nupt. n.* 62. Marzar *Tr. Fideic. P.* 2. *n.* 14. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 29.) Quicquid contradicat Anton. de Gamma *Deciſ.* 228. & Vult. a ſe ipſo varians *Conſ. Marp.* 18. *n.* 36. & *Conſ.* 21. *n.* 263. *Vol.* 3. Neque res iudicata pars iuris civilis iuxta Ciceronem niſi ubi perpetuo ſimiliter iudicatum, Cuiac. 2. *Feud.* 17. Etſi item in varietate tanta negociorum via eſt ut per omnia conveniant exempla, nec claudicent. Bernard. Autumn *not. ad Langla* 7. *Semeſtr.* 3. *p.* 310. & ſingularium negociorum cognitionem affectantes aſſimilat iis, qui aere piſcari moliuntur, Coraſ. *ad L.* 10. *de LL.* quorum collectio laborioſi potius qu... eruditi, ut Matthæac. 2 *de Via iur.* 13 *n.* 7. Attamen in re aut iure ambiguo validiſſima pro his, multorumque iudicio fortior quam pro communi opinione præſumptio: modo facti circumſtantiæ non nimis varient. Hinc illa trita: quod magnum ſit vel unam in terminis habere deciſionem, quodque eam adeptus tuto ſe fundet, Curt. Iun. *Conſ.* 119. *n.* 6. Vult. *Conſ. Marp* 21. *n.* 138. *Vol.* 3. Weſ. *Conſ.* 24. *n.* 13. Iac. Schult. *Q. Pract* 30. *n.* 26. Arumæ. *Lib.* 2. *Deciſ.* 1. *n.* 19. & *ſeqq.* & *n* 63. *ac ſeqq.* Iacob. Aleman. *Conſult.* 2. *p.* 62. qui ſinguli plures allegant. Agnovit & Cicero exempla non parum valere dum 1. *Act. in Verrem* intendit Cæcilium admitti non debere, quia quæſtor, fuerit, id comprobat exemplis Philonis, Scauri & Cn. Pompeii. A. Riccobon. *Comm. de hiſtoria pag.* 58. Confer Menoch. 2. *Præſumpt.* 71. *n.* 9. & *n.* 13. Chriſtoph. Beſold. *Templo iuſtitiæ pag.* 91. Denique Brocardica vulgaria hic minimum valent, quibus ſolis inniti pauperis eſt ingenii, vid. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. ius C.* 5. *n.* 92. & *ſeqq.* Iac. Aleman. poſt alios *Conſ.* 8. *p.* 741. & *ſeq.* De his ſatis.

a) Weſ *ad L.* 1. *C. Ubi de criminib. n.* 1. Curias ſummorum Principum perinde pro arbitrio iudicare, ac ipſe princeps legibus ſolutus, Damh. *Prax. civ. C.* 218. *n* 3. & 4 Senatum ſupremum Principis loco iudicare ex bono & æquo, non accurate attendendo ad ſubtilitates Iuris, ſi cauſſæ conditio & æquitas aliud poſtat. Non tamen ſubdit, ſecundum proprium arbitrium abſolute, ſed id quod in iure & æquitate fundatum, non quod ex quacunque mentis levitate incidere poteſt. Cameram Imperialem imperatoria plane auctoritate in decernendo iudicandoque, uti Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 40. Sed vid. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 9. & *ſeqq.*

ſumpta ſunt, hæc verba ſunt: καὶ πᾶσαν ἰσότητα φυλάξω ἐν τῷ φανῆναί μοι δίκαιον ideſt, ita conſervabo, ut ius & æquum eſſe 3 videbitur. Verum his verbis nihil aliud iurat magiſtratus, quam ius ſe ſervaturum; quod quærimus: atenim addit, *quod videbitur*, recte. Non enim aliud quiſquam poſſit recipere ſe facturum, quam quod ius eſſe ſciet, & intelliget. Neque ideo tamen conſequens eſt, ſi quid contra iudicarit, quanvis ſedulo, id ratum eſſe habendum. Atque ut poſſit intelligi, exigi hoc ab omnibus magiſtratibus, ut ſecundum ius iudicent, eſt eiuſdem Iuſtiniani Novel. 8. in qua clare ita ſcriptum eſt in §. *quod vero*. φυλάξουσι τοῖς [illegible] τὸ δίκαιον, πάντα ἐν τοῖς [illegible]. De præſidibus autem in ea periodo Iuſtinianus loquitur: Ne laboremus: omnem is dubitationem ſuſtulit in *Novel.* 82. *de iudic.* §. *ult.* Omnis, inquit, iudex, ſive magiſtratum gerat, ſive aliter iudicet, leges obſervato, & ſecundum has proferto ſententiam, & quanvis in medio litis noſtram contingat iuſſionem, aut ſacram formam (licet pragmatica ſit) procedere: legem tamen ſequitur. Nos enim id obtineri volumus, quod noſtræ volunt leges.

III. Quod quoniam ita præcipitur, quid fiet, ſi ius ſcriptum ab æquitate 4 diſſidere videbitur? Utimur in ea re Conſtantini regula, *ex L. placuit, C. de ind.* potiorem nimirum eſſe debere in omnibus iuſtitiæ æquitatiſque, quam ſtricti iuris rationem.

IV. Sed incurrit hæc conſtitutio in varias reprehenſiones: ut ſi velimus eam nobis expoſitam, & bene conſtitutam eſſe definitionem, illæ nobis hoc loco animadvertendæ ſint. Quod quia res incidit, ita faciam, quam poterit breviſſime. Et quoniam exſiſtunt illæ magna ex parte ex eo, quod non ſatis intelligitur ab omnibus, quid ſit æquitas, quid ius, & quid diſtet alterum ab altero: ideo hæc verba explanabo primum, quibus expoſitis ſententia conſtituetur: deinde quæ contra definitionem dicuntur, diluere conabor.

V. Ius eſt, quod ſcripto comprehenſum eſt: quaſi iuſſum dicas. Æquitas, ſive æquum & bonum, eſt id, quod ex ſcripto ſenſiſſe, & voluiſſe legem intelligitur. Harum definitionum exempla ſi quis plura habere vult, reperiet collecta pene innumera a Guil. Budæo in *Adnotationibus in Pandectas*, in princ. Ego nunc docendi cauſſa pauca citabo ex oratione Ciceronis pro Cecinna, ex quibus liquido poterit intelligi nihil aliud Ciceronem appellaſſe ius, nihil æquitatem, quam quod diximus. Illum quidem conſtat in ea oratione pro ſententia interdicti contra ſcriptum dicere: hoc diſputare, ubi voluntas, ubi ratio, ubi conſilium intelligatur, id ſequendum eſſe, verba negligenda: quæ Ciceronis ſententia apud Gregorium 1. Pontificem reperitur, referturque in *C. humanæ*, 22. *q.* 5. Sic ergo quodam loco ſcribit: *Etiam ut iam a verbo longius recedamus, ab æquitate ne tantulum quidem: ſi ſervus tuus*, & quæ ſequuntur. Deinde poſt: *Nam cæteri tum ad iſtam orationem decurrunt, cum ſe in cauſſa putant habere æquum & bonum, quod defendant; ſi contra verbis & literis, &, ut dici ſolet, ſummo iure contenditur, ſolent eiuſmodi iniquitati & boni, & æqui nomen, dignitatemque opponere.* Et mox: *tum aucupia verborum, & tendiculas in iudicem vocant: tum vociferantur ex æquo & bono, non ex callido, verſutoque iure rem iudicare oportere.* Deinde in eadem: *Iuris retinere ſententiam, & æquitatem plurimum valere oportere, an verbo ac litera ius omne torqueri, vos ſtatuite, Recuperatores, utrum utilius eſſe videatur.* Item: *ſi ad interdicti ſententiam confugis, neque æquitatem rei verbi laqueo capi putas oportere.* Et paulo poſt: *Iſtum locum fugis, & reformidas, & me ex hoc, ut ita dicam, campo æquitatis ad iſtas verborum anguſtias, & ad omnes literarum angulos revocas.* In quibus nemini obſcurum eſſe poteſt, Ciceronem & æquitatem ubique ſcripto opponere, & præterea

3) Forſan reſpicitur ad veterem & ſolemnem formulam, moremque in concipiendis ſententiis, maxime in cauſſis capitalibus, ut iudices quæ cognoviſſent non facta, ſed *videri* pronunciarent. Quæ Romanis miſta modeſtiæ gravitas, ne temere quidquam affirmare viderentur, ut Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 301. Cuius veſtigia in *L.* 1. §. 5. *ad SC. Turp. L.* 20. *de his qui not. inf.* Quo de Ræv. *Protribunal. C.* 21. Broidæ. *in Supplem. Hiſt. Fori Pelleti Lib.* 5. C. 15. Briſſ. 2. *Antiq.* 2. (ac ex eo Goth. *ad d. L.* 1. §. 5. *ad Turpil.*) & Ioan. Savaro *Comm. ad Sidon. Lib.* 3. *Epiſt.* 12. qui plures ad hoc veterum ſententias adducit, idemque & in SS. Patrum conciliis obſervatum fuiſſe oſtendit.

4) De hoc diſcrimine &c. etiam *ſupra Lib.* 1. *Cap.* 13. *n.* 11. *& ſeqq.* ubi not. Præter illic citatos ad materiam hanc, quam alias expendam plenius, adi Duar. *ad T. D. de iudic. f.* 159. *& ſeqq.* Coraſ. 2. *Miſc.* 18. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *Gl.* 1. Mynſ. 6. *Obſ.* 63. Io. Garſia *de Expenſ.* C. 1. *n.* 28. *& ſeq.* Freher. *Supplic. p.* 18. *& ſeq.* Chriſtoph. Beſold. *Templo iuſtitia pag.* 84. *& ſeqq.* Io. Celich. *Tr. de æquitate &c.* Salomon *in Comm. de bono & æquo ad L.* 1. §. 1. *de Iuſt. & Iure.* Confer Dominic. Soto *Lib.* 1. *de Iuſt. & Iur. Q.* 6. *Art.* 7. *& Q.* 7. *Art.* 2. *& Lib.* 3. *Q.* 4. *Art.* 5.

Digitized by Google

ea ſcriptum ſummum ius, æquitatem iuris ſcripti ſententiam & rationem nominare. Dicitur autem æquum, quod ratio legis, & iuris ſcripti dictat: quia hac re ſola retinetur ex æquo in omnibus mens & ſententia legiſlatoris: id eſt, lex ipſa: nou enim intelligitur iubere quiſquam aut præcipere, quod nolit aut non ſentiat. Ius autem ſummum non æquum: quia neceſſe ſit, ex circumſtantiis variis & locorum, & perſonarum, & temporum mutari ſæpe rationem legis. Contra quam ſi præfracte nihilominus ſcriptum retineamus aliud quam quod legiſlatori propoſitum eſt: ideſt rem non æquabilem ſervabimus. Id autem ſolum iuſtum, non quod verbo continetur: ſed quod ſeuſiſſe ſcriptorem intelligitur: hoc idem æquum dici probavimus. Ergo iuſtitiæ, æquitatiſque rationem præcipuam, quam ſcripti iuris eſſe debere cum dicimus, hoc dici intelligere debemus, quod Cicero tot locis, tot modis in eadem illa pro Ceciuna oratione expreſſit: *cum voluntas, conſilium & ſententia legis intelligitur, ſtultum eſſe verba amplecti, hanc negligere.* Item *ex æquo & bono, non ex callido verſutoque iure rem iudicari oportere: ſcriptum ſequi calumniatoris eſſe, bonique iudicis voluntatem ſcriptoris, auctoritatemque defendere: non ex verbis pendere ius; ſed verba ſervire hominum conſiliis & auctoritatibus. Si tacitis nobis voluntas intelligi poſſet, verbis omnino nos* nou uſuros; *quia non poteſt, verba reperta* eſſe, *non quæ impedirent, ſed quæ indicarent voluntatem.* Sed exemplis utendum eſt. Ius eſt, & præceptum naturæ quod depoſitum acceperis, ut reddas. Qui ſanus gladium apud me depoſuerat, furioſus a me repetit, an reddere debeo? Si ius ſummum, & ſtrictum, id eſt, verba ſequimur, debeo: ſi æquum, id eſt, rationem eius iuris, & ſententiam, non debeo. Id enim agitur, eo ius illud conſtitutum eſt, ut is qui depoſuit, id ipſum rurſus ſine fraude habeat, quod depoſuit. Si reddo furioſo, is rem non habebit, amittet potius. Quin etiam ea re male in ſeſe, atque etiam in alios conſulet; hoc vero contra voluntatem legis, & ſeutentiam, id eſt, non æquum, & bonum, nou utile. Non reddam igitur, ut Cicero diſputat *Lib.* 1 *de offic.* Item, lex eſt, iudicium nullum eſſe, quod cum minore interceſſit ſine curatoris auctoritate: acta res eſt iudicio cum minore, & ſententia pro minore lata: an dicemus, nullius momenti eſſe ſententiam? Si verba iuris, id eſt, ius ſtrictum tenere volumus, non valebit; at hoc inquam, neque ex legis ſeutentia. Quid enim agitur lege, niſi ut minori non noceat, quod ſine curatore geſtum eſt? Quare ſententia valebit, *L. non eo minus, D. de procur.* & generaliter definiemus, quod pro aliquibus introductum eſt, id in eorum, pro quibus eſt conſtitutum, damnum torqueri uon oportere. *L. nulla, D. de legi. L. quod favore, C. eod.* hoc ſolum ideo quod aliter fit contra ſeuteutiam, & mentem legis, id eſt, contra legem. Item edicit prætor, quod cum minore viginti quinque annis natu geſtum erit, ſe animadverſurum. Geſtum eſt aliquid cum miuore filioſamilias. Quæro, an reſtitui debeat. Ius conſtitutum facit, ut debeat: at uon placet eſſe reſtituendum: ſcilicet quia iniquum; & iniquum ideo, quia contra propoſitum, & conſilium prætoris: apparet enim prætori propoſitum fuiſſe minoribus conſulere, non maioribus. Quod ſi filiumfamilias reſtituemus, conſuletur patri: hic enim de peculio nou tenebitur. Hæc Ulpianus ad hanc ſententiam lu *L.* 3. *§. ſed utrum, D. de minor.*

VI. Sit igitur ſuperioris regulæ ea vis quam ſupra dixi: Quæcunque lex, & quibuſcunque verbis ſcripta eſt, eam ratione & ſeutentia ſcriptoris moderandam: & ſi alia verba ſint, aut ſint nimis præfracta, corrigendam eſſe: hoc eſt, quod quærimus moderandam eſſe & corrigendam æquitate. Ubi ſententia intelligetur, ſolum hanc ſequeudam eſſe etiam contemptis verbis: hoc bonum, hoc æquum eſſe, & utile: contra fieri iniuſtum iniquum & inutile: huc illa regula iuris pertinet: *in omnibus quidem, maxime tamen in iure æquitas ſpectanda eſt. L.* in omnibus quidem, *D. de reg. iur. In omnibus*, ait: ut conventiouibus, rebuſque contractis, itemque ſupremis voluutatibus. Maxime tamen *in iure*, id eſt, in iuris couſtituti interpretatione æquitas ſpectauda eſt: id eſt, uon quibus verbis quid dictum, aut ſcriptum ſit: ſed qua mente, qua ſenteutia, & couſilio, quærendum, & cognitum ſequendum eſt.

VII. Nunc quæ contra dicuntur, conſideremus. Primum illud nou recte, ut videtur, in hac definitioue, quod iuſtitia atque æquitas, & ius ſeparantur. Nam ſi recte ab Ulpiano definitur ius, ars æqui & boni. *L.* 1. *D. de iuſt. & iure.* profecto non aliud eſt ius, quam æquum & bonum. Sed animadvertendum eſt, in definitione Conſtantini, quam iuterpretamur, non ius abſolute, ſed ius quod ſummum & ſtrictum ſit, ab æquitate ſecerui:

hoc

Digitized by Google

hoc ius ne ius quidem eſt. Ideo non mirum ſi ut a vero iure, ſic ab æquitate ſeparetur. Ius autem verum, ipſum illud, quod ratio & lex iuſſit, aliud nihil eſt, niſi æquum & bonum, ut vere Ulpianus definivit: nec quicquam æquum, niſi quod iuſtum. Qui ergo probare poteſt nihil iuſtum eſſe, niſi quod æquum, & ſtrictum, & ſummum ius, ius non eſſe? Quia ſtrictum ius vocamus, quod a ſententia, & voluntate legis recedens verbo tantum nititur: æquum, quod verborum ſententia. Id porro ſolum ius eſt quod legiſlator ſenſit. Verba ius non ſunt; ſine quibus ſi res poſſet intelligi, his omnino non egeremus. In quo genere eſt illa nobilis diſputatio Ciceronis in oratione pro Cecinna; de qua ſupra commemoravi. Non igitur ius id, quod ſummum & ſtrictum dicimus: hinc illud dictum a veteribus, ſummum ius ſummam eſſe iniuriam, quod Cicero refert *lib. 1. de offic.* Columella ſummam crucem, Terentius ſummam malitiam vocat. Quæ omnia declarant, ſummum ius, ius non eſſe; niſi ſi malitiam & iniuriam ius eſſe fateamur. Ex quo eadem opera intelligi poteſt, cur tandem æquitatis dicamus, quam ſtricti iuris rationem eſſe potiorem.

VIII. Sed rurſum & hic hæſitatur. Æquitatem, inquimus, ſequi oportet. Imo ius duntaxat, quod ſcriptum eſt, dixerit aliquis: Æquitatem autem etiam eam quæ ſe oſtendat, non licet. In eamque ſententiam ad oppugnationem definitionis propoſitæ duo loci citantur, *L. proſpexit*, *D. qui & a quib.* & *L. 1. C. de legib.* Quorum in priore Ulpianus indicat, ita legem fuiſſe de muliere adulterii rea, quæ divertit, ne quem ex ſervis ſuis aut manumittat, aut alienet. Ait igitur verba facere, ut ne eum quidem ſervum, qui extra miniſterium eius mulieris fuit, vel in agro, vel in provincia, poſſit manumittere vel alienare. Quod quidem, inquit. *Perquam durum eſt: ſed lex ita ſcripta eſt. Durum*, quod dicit, hoc eſt, non ſatis æquum: ut in illo Pauli in *L. illud*, *D.* de petit. heb. *quod in oratione divi Hadriani eſt, ut poſt acceptum iudicium omnis cauſſa præſtetur, interdum durum eſt*; ideſt, non æquum, neque ſervandum adverſus bonæ fidei poſſeſſorem. *Sed lex*, inquit Ulpianus, *ita ſcripta eſt*; ut ſive æquum id putemus, ſive iniquum, ſervari oporteat. In altero loco reſcriptum eiuſdem Conſtantini eſt in hæc verba: *Inter æquitatem & ius interpoſitam interpretationem nobis ſolis & oportet, & licet inſpicere.* Quibus oſtenditur non magis ſequi licere nobis, quod æquum videatur præter legis verba, quam ius novum conſtituere. Hæc antinomia ut conciliaretur, interpretes noſtri olim hanc diſtinctionem invexerunt, ut dicerent intereſſe, utrum æquitas eſſet ſcripta, an non eſſet. Si ſcripta eſſet, hanc potius ſequendam. Si non eſſet, rem eſſe non iuris noſtri, ſed principi permittendam, qui rem expediat, & de ea, quod velit, ſtatuat. Itaque in *d. L. placuit*, *C. de iud. tot.* in exemplaribus ita legitur, *præcipuam eſſe iuſtitiæ, æquitatiſque ſcriptæ quam ſtricti iuris rationem.* Ego vero æquitatem [5] ſcriptam non inepte ſolum, ſed etiam abſurde præſertim in ſuperiore definitione dici iudico. Primum æquitas iuris ſcripti emendatio, & quaſi interpretatio eſt, ſententiam legis adverſus ſcriptum retinens. Qua interpretatione & emendatione nihil eſt opus omnino, ſi id quod æquum eſſe volumus, clare ſcriptum eſt. Quo argumento Fr. Connanus *lib. 1. commen. iur.* & Fr. Duarenus *lib. 2. diſpu. anni.* uſi ſunt. Deinde qui ita dicunt æquitatis ſcriptæ habendam rationem, hoc dicunt, æquitatis non ſcriptæ contra ius ſtrictum non eſſe habendam. Quo quid magis falſum eſt? Convincitur iis omnibus exemplis, in quibus Iuriſconſulti veteres ſententiam legis interpretati ſunt. Ex quibus pauca ſupra retulimus: in quibus interpretatio valuit, cum in illis non modo ea æquitas, quam probabant, non eſſet ſcripta; ſed etiam verbis videretur adverſari. Ut illud an uſquam ſcriptum fuit in legibus, bonæ fidei poſſeſſorem non debere poſt litem conteſtatam interitum præſtare, quod Paulus æquum putavit: in *L. illud*, *de pet. her.* Imo vero, ita dubitabatur de eo, ut etiam contra orationem Hadriani eſſe videretur: in qua ita ſcriptum eſt: *poſt acceptum iudicium omne præſtandum eſſe, quod habiturus eſſet petitor, ſi quo tempore res petita eſt reſtituta fuiſſet.* d. L. *illud*. Poſtremo cum potiorem eſſe dicimus æquitatis rationem, hoc ſignificamus, duo eſſe, quæ inter ſe diſcrepent ius & æquitatem. Electio namque niſi inter duo aut plura non cadit, quorum unum reiicimus, alterum ſequimur. At vero ſi æquitas ſcripta eſt, ideſt,

[5] Confer *ſupra 4. Lib. 3. C. 13. n. 13.* Sic Io. Sareſberienſ. *Policratici Lib. 2. C. 26. p. 102.* Ubi aliud ius ſuadet, aliud æquitas, quæ in publica utilitate verſatur, principis quærenda eſt interpretatio. Ubi de ſcripto & ſententia dubitatur, mens inquirenda eſt auctoris. Confer A. Maffa Galeſ. *Lib. 2. de Exercit. iuriſper. n. 72. & ſeqq.* qui pulcre diſtinguit.

ideſt, quod æquum videbatur, iam electio, omniſque adeo dubitatio tollitur. Certum eſt enim id ſolum ſequendum, quod reiecto alio æquum iudicatum eſt. Exempli cauſſa: ſcriptum hoc eſt, & nominatim cautum conſtitutionibus, ſententiam pro minore latam, quanvis indefenſo, ſervandam eſſe, ſi is ſibi expedire exiſtimet. *L. non eo, C. de procur.* Hic non ſunt duo, ius nimirum ſtrictum, & æquitas ſcripta, ex quibus dubitemus, utrum ſequamur: ſed unum duntaxat in quo abſurdum ſit id quæri, potiuſne hoc ſervari debeat quam aliud. Quare non poteſt neque æquitatis verbo verbum ſcriptæ, neque ei loco, in quo quæritur, utrum ſequendum ſit, ſuperior definitio convenire. Videamus ergo ne dicendum ſit præcipuam eſſe in omnibus æquitatis, quam ſtricti iuris rationem: ſed hactenus, niſi palam verba legislatoris refragentur. Quæ cum erunt perſpicua, id ius, quod verba exprimunt, ſequemur videlicet: animi noſtri rationem, & ipſum illud, quod æquum videbatur, non ſequemur. Sic aperte ſcripta lex erat in *L. proſpexit, D. qui & a quib.* de ſervis non alienandis ab ea muliere, quæ adulterii rea diverti ſſet. Hoc enim cavit lex, ne quem mulier omnino ex ſervis ſuis manumitteret, vel alienaret. Ergo, inquit Ulpianus ita lex ſcripta eſt. Idcirco adverſus legis conſtitutionem æquitatis ſpecie ne quidquam utemur. In hanc ipſam ſententiam lex Conſtantini accipienda eſt. *L. 1. C. de legib.* Licet, inquit ille, principi ſoli inſpicere interpretationem, quæ interpoſita ſit, inter æquitatem & ius, res nimirum diſſidentes: hoc ſic interpretandum eſt, ſi æquitas a ſcripto iure omni ex parte diſſideat. Quoniam enim hæc non ad retinendum ius ſcriptum, ſed ad evertendum & abrogandum pertinet, optima ratio eſt, cur non debeamus hoc nobis ſumere, ut de eo ſtatuamus. Eius enim eſt mutare legem, cuius & condere: hoc autem principis. Igitur & prius illud merito ei ſoli permittendum eſt. Hic nos aliquis nobiſcum pugnantia loqui dicet, qui æquitatem prius id eſſe diximus, quod eſſet ex legis ſententia & propoſito: nunc æquitatem poſſe cum ſcripto plane diſſidere, veluti noſtri obliti ſtatuamus. Sed animadvertendum puto æquitatem ſive ſententiam duplicem in quaque lege intelligi. Unam propriam iuris conſtituti propoſitam ei, qui ſcripto ſanxit id, de quo quæritur. Alteram generalem, ſeu ſummam, quæ communiter in omni lege ineſſe putatur, ut cum legislator peculiariter aliquid in cauſſa aliqua ſtatuerit, tamen ad eam ſummam rationem, & æquitatem lex referatur. Eſt autem hæc, ut reſpublica ſalva ſit. Ut ſuum cuique tribuatur. Hic Cicero *lib.* 3. de legib. *Salus populi*, inquit, *ſuprema lex eſto*. Hæc poteſt eiuſmodi nobis occurrere, ut propter eam aliquid ſtatuendum videatur ſecus, quam legis ſpecialis verba ſunt; & tamen lex ipſa ſpecialis, & mens adeo legislatoris refragentur. Hic ſi lex nobis ideo non æqua iudicetur, quia ab illa ſumma lege recedat: hic, inquam, res non a nobis, ſed a principe, aut his, penes quos ſtatuendi ius eſt, conſtituetur. In hoc genere ſunt tot exceptiones adverſus manifeſtum ius civile a prætoribus ex ratione æqui & boni comparatæ, de quibus ſub *tit. de exceptio. in Inſt.* tot item actiones: tot & tam variis in cauſſis bonorum poſſeſſiones conſtitutæ iis, qui aperte iure civili a ſucceſſione removebantur: in quibus ſi quis privatus, aut iudex, ante ius a prætoribus conſtitutum, aliquid ſibi ſumeret, nihil proficeret adverſus manifeſtam iuris auctoritatem. At enim aliud hic æquum videtur: ſed non ideo hoc ita eſt, & ut ſit fortaſſis recte ab uno aliquo animadverſum: tamen exemplo perniicioſum eſt, ius certum aliquando reſcindi, aut aliqua ex parte immutari. Hac enim via patefacta imperiti & improbi iudices idem audebunt etiam in bonis legibus, manifeſtæ iniuriæ, æqui & boni nomen, & ſpeciem obtendentes. Præclare Ariſtoteles: *Qui legem præeſſe vult in civitate, præeſſe vult Deum. Qui hominem præfecerit, præfecerit & belluam.* Cui congruunt Demoſthenis, & Chryſippi definitiones de lege proditæ in *L. 2. D. de legib.* Exſtant in hanc ſententiam de iure & legibus in civitate diligenter retinendis elegantes Cicernnis, diſputationes in *orat. pro* Cor. Balbo, & *in orat. pro* Cæcinna. Sed ſive ius ſcriptum, ſive æquum & bonum ſequendum eſſe diximus: ſemper hoc relinquetur, quia æquum nihil aliud ſit, quam ius, ideo ſemper nihil, niſi quod ius [6] iubet, iudicari, aut ſtatui oportere. Quod ius iubet, inquam, uti

6) Fruſtra enim leges ſeriberentur, ſi iudicibus ab illis recedere, & ſuo arbitrio æquitatem fingere liceret, Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *gl.* 1. *n.* 31. ubi plura contra imaginariam & cerebrinam æquitatem non ratione iuris ſuffultam, ſed imaginatione quadam aut rationibus adſcititiis collectam. Nec in officio magiſtratus eſt diiudicare iuſtum ſit necne, quod legibus ſuperioris ſancitum, Bodin. 3 *de Rep.* 4. *n.* 289. Et ut æquitas eſt in poteſtate magiſtratus, ita hic in poteſtate legis, *idem* 6. *de Rep.* 6. *n.* 755. Regulas itaque legum ſequatur iudex, non conſcientiam legibus

uti a me ſupra poſitum eſt: non 7 etiam quod permittit. Huc enim referri debet, illud Papiniani ex *L. non quidquid*, *D.* de iudic. *Non quidquid poteſtati iudicis permittitur, id ſubiicitur iuris neceſſitati.* Quod valet, non etiam neceſſe habet ex iure facere. Qualia ſunt ea, quæ lex iudici ita defert, ut dicat iudicem facere hoc, vel illud poſſe, aut etiam ſolere, quæ verba permittentis ſunt, non quidquam iubentis, aut imponentis. Declaratur hoc totum apertius, exemplo in reſcripto Antonini, quod exſtat in *L.* 1. *C. quom. & quan. iud.* cuius verba hæc ſunt: *Non ſemper compelleris, ut adverſus abſentem pronuncies: propter ſubſcriptionem patris mei, qua ſignificavit etiam contra abſentes ſententiam dari ſolere. Id enim eo pertinet, ut etiam abſentem damnare poſſis: non ut omnino neceſſe habeas.*

gibus, adverſantem, ut ex Iaſ. Toming. *Deciſ.* 26. *n.* 40. ac conſcientia legis vincat conſcientiam hominis, poſt Bald. Moll. 1. *Semeſtr.* 37. *n.* 7. Plura in hanc ſententiam pete ex Bodin. *d. C.* 4. *&* *d. C.* 6. Moll. *d. C.* 37. *n.* 6. *& ſeqq.* Cuiac. 2. *de Feu.* 1. Gœd. *ad L.* 6. §. 1. *de V. S. n.* 2. Ventur. de Valent. *Parthenii litigioſi Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 15. *& ſeqq.* Chriſt. Ohem. *Diſcurſ. iuridicopolit. de Conſul. & magiſtratib. C.* 4. Libor. Bodenſt. *Diſquiſit. polit. Lib.* 2. *Cap.* 28. *& ſeq.* Simanc. 4. *de Rep.* 15. *& ſeqq. & Lib.* 5. *& C.* 15. Io. Gerhard. *Polit. Decad.* 5. *Q.* 3. Et quod pauca arbitrio iudicis permittenda Ariſt. 1. *Rhet.* 1. Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. Menoch. *in Proœm. Lib.* 1. *de Arbitr. iud.* QQ. Cravet. *de Antiq. temp. P.* 1. §. *quid in libro n.* 25.

7) Confer. Greg. Lop. *Animadverſ. C.* 4. *n.* 12. Robert. 3. *Sent.* 12. Delrio *Lib.* 2. *de princip. iuris p.* 43. Plane quando duæ leges eventu confligunt, permittens prohibenti vel iubenti cedit, Duaren. *ad Tit. D. de teſt. milit. C.* 6. *fol.* 432. Ang. Matthæac. *Lib.* 2. *de Via & rat. iuris C.* 2. *n.* 12.

C A P. III.

Quid leges velint iudicem in ſententia obſervare: quod damnandus ſit, aut abſolvendus cum de re, tum de ſumptibus & impenſis litis.

Continuatio & diviſio rerum. I.
In facti quæſtione condemnari reum oportere legitime convictum; ſecus, abſolvi; alias delato illi iureiurando dimitti: quid ſi hunc conſtet iudici falſo convictum. II.
Cum pares utrinque probationes, alterutri ex litigantibus, aut reo potius deferri ſolere iuſiurandum; & ſecundum eum qui iuravit, pronuntiari ab iudice. III.
In quæſtione iuris damnari reum a Iudice; & ius ſuppleri quod neque ab actore, nec huius advocato producitur. IV.
Immo & de fructibus petitæ rei, & de reliquis acceſſionibus damnari, qui de re principali damnatus eſt. V.
In litis impenſas victus victori damnatur, quanti victor iuraverit. VI.
Si tamen victus temere & ſine cauſſa litigavit. VII.
Cauſſa litigandi quando videtur adfuiſſe, vel ſecus cum actori, tum reo. VIII.

I. QUoniam confectum eſt iudicem, non quod ei videtur, aut liberet iudicare debere: ſed iuſte ideſt quod ius & leges iubent: videbimus deinceps, quid eum leges velint in ſententia obſervare, ut cum id fecerit, dici poſſit, iuſte iudicaſſe: ac ſi contra fecerit, quæ ſit pœna. Et cum ſententia in eo ſit, ut iudex damnet reum, aut abſolvat; duo ſunt in ſumma, quæ hic leges caveri velint: quorum unum ſpectatur in perſona eius qui damnatur, aut abſolvitur: alterum in re, in quam damnatur, aut de qua abſolvitur. In perſona, ut is damnetur, aut abſolvatur, quem oportet, & æquum eſt. In re, ut damnetur in eam rem in qua oportet, aut de ea abſolvatur. Quem æquum ſit, damnari aut abſolvi, ſi quidem de re principali, quæ in iudicium venit, agatur, de eo hæc iuris præcepta ſunt. Videndum, utrum de facto ambigatur, an de iure. Hoc facilius expeditur, quam illud *C. ſæpe. ext. de appell.* quia ius certum eſt, ut infra dicam: facta incerta plerumque, & probationibus eruenda.

II. In quæſtione facti, ut cum quæritur, an pecunia mutuo data ſit, an furtum factum; ſiquidem probat actor factum legitimis probationibus de quibus ſu-

pra dictum eſt, placet [1] iudicem non animi ſui conſcientiam ſequi debere: ſed rerum probatarum fidem. *L. illicitas*, §. *veritas*, *D. de off. præſ.* Proinde convictos convenire condemnari. *L. negantes*, *C. de obl. & actio.* & *L. properandum*, illic, *tunc iudicem. C. de indic.* niſi quod quibuſdam in cauſſis receptum eſt, ut prius iuſiurandum exigatur a reo ſui purgandi cauſſa: ut cum id præſtiterit, abſolvatur. Si recuſaſſet iurare, quaſi convictus condemnetur, quas cauſſas cum collegerit Accurſius ad *L. 3. C. de reb. cred. & iureiur. in gloſ. vet.* illinc petere iubebo. Quod ſi ab utraque parte pares ſint probationes, id ſequemur, quod præcipitur in *L. admonendi, de iurein.* & *d. L. 3. C. eod.* qua de re tota accurate a me diſputatum eſt in commentario ad titulum illum D. quem *ſupra lib. 24.* inſerendum curavimus. Sane ſi conſtet iudici contra fidem eorum, quæ falſis teſtibus probantur, reum non debere, faciet ex officio boni viri, ſi a iudicando abſtinebit; quod illi concedendum eſſe de ſe iuranti, ſupra diximus. Si non probetur quod intenditur: ſic præcipitur iure, reum, qui negat, qualiſcunque ſit, etſi nihil ipſe præſtet, abſolvi oportere. *L. qui accuſare. C. de eden. d. L. negantes. C. de obli. & act.*

III. Quod ſi ab utraque parte pares ſunt probationes: permittitur iudici deferre iuſiurandum alterutri ex litigatoribus, ut exacto iureiurando ſecundum eum iudicet, qui iuraverit. Sic enim Caius in *L. admonendi, D. de* iureiurando. *Solent enim* inquit, *ſæpe iudices in dubiis cauſſis exacto iureiurando ſecundum eum iudicare, qui iuravit.* Dubias cauſſas hoc loco cum Duareno noſtro eas eſſe intelligi, in quibus ab utraque parte par probatio eſt; quia hoc modo fiat, ut dubia ſit, & anceps cauſſa, ideſt ut dubitet iudex, quod ſumat potiſſimum. Quod quidem ita probatum ab illo eſt *lib. 2. Diſp. anni. Cap. 33.* ut res probatione noſtra non indigeat. Ait autem Caius, ſolere iudices exacto iureiurando iudicare. Quo ſignificatur poſſe eos id facere; non etiam neceſſe habere. *L. 1. C. quom. & quan. iudex.* Et ideo erit in poteſtate iudicantis, in dubiis cauſſis iuſiurandum non deferre, eoque non delato id ſequi, quod ille maxime ſibi probatum exiſtimaverit. Sed etſi deferret iuſiurandum, non iubetur reo potius deferre, quam actori. Unde intelligimus eſſe in eius poteſtate, utri deferat, & ſane qui ſecundum actorem iudicare potuit ſine iureiurando: multo magis poterit ſecundum eum iudicare iureiurando ab eo exacto. Sed utrumque rectius facturus videtur, ſi & iuſiurandum in dubia cauſſa detulerit, quo magis de re confirmetur; & deferat reo potius: qui iuxta regulam iuris eſt favorabilior. *L. favorabiliores, D. de reg. iur.*

IV. In quæſtione iuris, ut ſi pactum factum eſſe conſtet, & quæratur, an ex pacto agi poſſit; ius paulo aliter ſe habet. Quoniam enim ius certum eſt, & notum id eſſe debet iudici; non tantum iubetur iudex ex iure quale eſt, reum condemnare, ſi ab actore, aut advocatis ius pro-

1) Locus hic ita amplus, ut, ſi in utramque partem arbitraretur, iuſtum librum confici poſſe, cenſeat Pollet, 4. *H.ſt. fori* 14. *p.* 388. Et contra acta fere pro conſcientia acriter pugnant Coraſ. 4. *Miſc.* 20. Baro *ad d. L.* 6. *de off. præſ.* Pollet. *d. loc.* (& ex parte Vaſq. 1. *Ill. Contr.* 24. ac Hot. *Ill. Q.* 27. Alb. Gent. 2. *Lect. & Epiſt.* 13.) Conrad. Heresb. *Epit. Chriſtian. iuriſpr. Edict. IX. Præcept. p.* 293. *& ſeq.* Iac. Omphal. *Lib.* 6. *de Uſurp. legum C.* 14. Marc. Lycklam. (varie tamen diſtinguens) 2. *Membra. Eclog.* 2. Arum. *Exerc. Iuſtin.* 6. *in Parerg. & Exerc.* 20. *Th.* 3. *& Diſp. Pand.* 1. *Th.* 24. *& ſeq.* Io. Celich. *de Æquit. C.* 4. Ven. de Valent. *Parth. litig. Lib.* 2. *C.* 8. *n.* 12. *&* 5. *ſeq.* Chriſt. Ohem. *Diſcurſ. iuridicopolit. de Conſ. & Magiſtratib. C.* 4. *n.* 23. *& ſeqq.* pro actis plures fortiora arma expediunt, Cuiac. 12. *Obſ.* 19. Cov. 1. *Var. Reſ.* 1. Gutier. *Lib.* 2. *Canon. QQ. C.* 29. Scala, *Lib.* 3. *de Conſ. ſapient. C.* 13. Io. Bapt. Aſin. *Tr. de Ej.* §. 3. *C.* 1. *n.* 14. *& C.* 7. *ac ſeq.* Lanc. Conr. *de Off. prat. in cau. civ. v. Sententia n.* 17. Pet. Aug. Morl. *Empor. iuris p.* 1. *Tit.* 2. *Q.* 1. Menoch. (ſed hic nude) 1. *Arb. Q.* 24. *n.* 3. Gravat. *Not. ad pract. Veſtrii Lib.* 3. *C.* 1. *lit. A.* qui teſtatur hanc quoque inter Theologos crebriorem eſſe) Io. Bellon. *Commu. iur. ſentent. v. index* Bron. 1. *Enan.* 14. Bocer. *de iuriſd. C.* 6. *n* 34. Buſ. *ad L.* 6. §. 1. *de off. præſ.* Steph. Werbeuz *prolog. tripar. operis iuris conſuetud. Hungar. Tit.* 16. *& ſeq.* Guid Pap. *Dec.* 29 *ibique in not.* P. Matth. & Steph. Ranch. Cach. *Deciſ.* 1. *n.* 43. *& ſeq.* Viv. *Lib.* 1. *Deciſ.* 187. Io. Monach. (brevibus aſt ſcite) *in C. dilecti* 6. *de iud. n.* 11. paulo pluribus Dom. Soto *Lib.* 5. *de Iuſt. & iur. Q.* 4. *Art.* 2. Excipiunt plerique Principem ſuperioris neſcium & LL. ſolutum Scal. *d. C.* 13. Werbeuz. *d. loc.* Menoch. 1. *Arb. Queſt.* 8. *n.* 21. Chaſſa *Catal. glor. mundi P.* 7. *Conſid.* 3. *effectu* 8. Cacheran. *d. loc.* Lanc. Conrad. *Temp. om. iud. Lib.* 1. *C.* 1. § 3. *v. iudicare ſecund. conſcient. &c.* Idem de Curia ejuſdem ſuprema ſtatuit Guid. Pap. *Deciſ.* 29. quem impugnat Cacheran *d. n.* 43. *& ſeq.* tuetur Menoch. *Arb. Ca.* 98. *n.* 12. *&* 13. Plane contra conſcientiam in criminalibus comprimis, ne unquam iudicet rationis eſt, vid. *not. ſupra C.* 1. *N.* 10. Aſt nec hoc unquam obnoxiæ ſententiæ iudici tribuendum, ut nudæ illius unius aſſertioni plus fidei habeatur, quam plurium inculpatæ vitæ bonæque notæ teſtium iuratæ depoſitioni. Iudici poteſtatem facere contra fidem eorum, quæ probata iuxta ea, quæ ſibi ceu privato comperta eſſe dicit, pronunciandi, quid aliud eſt quam liberrimum arbitrium & abſolutiſſimam poteſtatem dare male iudicandi, condemnandi vel abſolvendi pro libitu, quoties non de iure, ſed de facto contentio eſt. Quam facile enim erit ei dicere ſi alterutri iniuſte gratificari velit, etſi pro altero teſtimonia probationeſque aliæ ſuppetant, ſe tamen aliud noviſſe. Ecquid autem hac re interioris ſubſellii iudex proficiet, niſi ut interim iuſtus (ut in diverbio eſt) patiatur lite extracta. Nonne cognitione ad ſuperius tribunal per provocationem devoluta, ſententia lata pro eo, qui & contrariis probationibus oppreſſus, nec ulla ſua ſublevatus, nec niſi teſtatione iudicis unius de notitia ſua ſubnixus reſcindetur. Exactiora de his alias.

probetur: ſed etiam si [2] non probetur. Idque eſt, quod præcipitur illo titulo Codicis, ut quæ deſunt advocatis partium, iudex ſuppleat. Non enim hic iubetur ſupplere, quod deeſt advocatis in [3] ſacto: ſed quod in iuris allegatione, & confirmatione. Quod ex verbis eius conſtitutionis, quæ exſtat ſub eo titulo, intelligetur. Verba hæc ſunt: *Dubitandum non eſt iudici, ſi quid a litigatoribus, vel ab iis, qui negotiis adſiſtunt, minus fuerit dictum, id ſupplere, & proferre, quod ſciat legibus, & iuri publico convenire.* Non dicit, quod ſciat in ſacto eſſe. Et recte: non eſt enim iudicis de ſacto teſtificari, & affirmare, cum multum interſit inter teſtem, & iudicem, neque idem officio fungi poſſit teſtis & iudicis: ſed ait: *quod ſciat convenire legibus & iuri publico:* ſcilicet, quia eſt iudicis hoc ipſo, quod iudex eſt, ius tenere, idque ipſum in cauſſa ſtatuere, de qua iudex ſedet: hoc enim eſt iudicare.

V. De fructibus rei petitæ, & acceſsionibus cæteris idem damnandus, & abſolvendus, qui damnatus aut abſolutus eſt de [4] re principali: etiam si errore iudex de re principali pronunciaverit. *L. ex diverſo, §. 1. D. de rei vindic.* Ex his apparet, de re principali, eiuſdemque acceſſionibus non alium condemnari, aut abſolvi, quam reum. Utrum autem faciendum sit, potiſſimum ex fide rerum probatarum æſtimari.

VI. De ſumptibus litis aliud ſervatur: de his enim nominatim ita ius conſtitutum eſt a Iuſtiniano, in *L. properandum, §. ſive autem, C. de iud.* Victum victori in expenſarum cauſſa eſſe [5] condemnandum, quantum pro ſolitis expensis litium iuraverit. Unde intelligitur ſemper eſſe, qui condemnetur de ſumptibus litis; nec eum reum tantum; ſed interdum & actorem: nempe si vincatur, abſoluto videlicet reo: præterea non exigi, ut convincatur de impensis litis, qui de his condemnatur: ſed hoc ſpectari ſolum, an vincatur de re principali. Et videtur quidem Iuſtinianus in *d. §. ſive autem.* diſtricte caviſſe, & sine exceptione, ut ſumptus litis agnoſcat is, qui victus eſt. Verba eius ſunt hæc: *Sive autem alterutra parte abſente, ſive utraque præſente lis fuerit deciſa: omnes iudices, qui ſub imperio noſtro conſtituti ſunt, ſciant victum in expenſarum cauſſa eſſe condemnandum.* Et quæ ſequuntur.

VII. Sed recte hoc omnes ex iure vetere sic accepiſſe mihi videntur, si modo is qui victus eſt, [6] temere & sine cauſſa litigavit. Nam ita quidem ante ius fuiſſe conſtat, eum litis ſumptus agnoſcere non debere, cui ratio fuiſſet litigandi. *L. qui ſolidum, §. Etiam, D. de leg. 2.* Item, litigatorem viatica, litiſque ſumptus adverſario ſuo reddere debere: ſed ita, si improbus sit litigator: si temere adverſarium in ius vocaverit, ut appareat hanc condemnationem pœnam temeritatis fuiſſe adverſus litigatores conſtitutam. *§. hæc autem, Inſt. de pœn. tem. litig. L. eum, quem, D. de iudic.* Hoc ius cum sit æquiſſimum, oportet manere, nisi liquido probetur fuiſſe a Iuſtiniano ſublatum. Quod ſuperiora verba non arguunt: animadvertendum eſt enim, quod eo loco ait Iuſtinianus. Quod cavet denuo victum victori in expenſas litis eſſe condemnandum, etsi id cavet simpliciter: non tamen id facit veteris iuris emendandi, & æquiſſimæ conditionis tollendæ cauſſa: ſed ut id ius, quod fuiſſet antea, produceret ad eas quoque cauſſas, in quibus litigator non propter malam cauſſam, ſed propter cauſſam abſentiæ damnatus eſſet, quod initium eius §. & extremum plane indicant. Ait enim in principio; *ſive autem alterutra parte abſente, ſive utraque præſente lis fuerit deciſa.* In extremo autem ita ſcribit: & *hæc de alterutra parte litigantium contumaciter abſente nobis ſtatuere viſum eſt, ad æquitatis ratio-*

2) Vid. *ſupra Lib. 18. C. 4. n. 9.* Et quod idem in ſtatuto non allegato aut conſuetudine notoria *not. C. praced. N. 1.*

3) Concenat. *Lib. 1. Q. 1. n. 30.* Excipiunt niſi de iis, quæ facti, conſtet ipſi ut iudici, nec cauſſa requirat formalem petitionem, Cacher. *Deciſ. 1. n. 24.* add. Bellon. 2. *Suppat.* 10. Aſin. *Tr. de Exſec. §. 3. C. 24. & C. 24. & Cap. 17.*

4) Vid. *ſupra Lib. 20. C. 6. n. 5. ibique notata.*

5) *Rubr. & L. 4. de fruct. & lit. expenſ.* Num autem & præter expenſas in damna ac detrimenta adverſarii condemnatio? Negat contra Bart. & Ang. Walth. 1. *Miſc.* 28. quia *in L. 79. de iud. & d. L. 4.* nulla damnorum mentio. Ac licet *in §. 1. in fi. I. de pœn. tem. litig.* iungantur damnum, & impenſæ, putat tamen vel *damnum* pro condemnatione illic accipi, vel, quod magis illi placet, ipſas expenſas denotari, cum rarum non ſit, ut duobus verbis eadem res ſignificetur. Sed melior videtur ſententia eorum qui diſtinguunt inter damna extrinſeca, veluti ſi equus in itinere mortuus, vel quis captus a latronibus: & intrinſeca, expenſas itineris, ſumptus viatici & temporis, quo commorandum eſt extra domum ſuam in hoſpitio, &c. vid. Teſaur. *Deciſ.* 67. Et hæc videntur denotari per damnum, *in d. §. 1.* ut diſtinguitur ab impenſis aliis, quæ in ipſam litem erogantur. Quid ſi peritus cauſſam propriam egit, num cum expenſis poteſt æſtimare ſalarium? vid. de hac quæſtione Parlad. 3. *Rer. Quotid.* 5. §. 18. *n.* 14. Monter. *Deciſ.* 4. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Reſol. Tit. de Poſtul. Reſol.* 3. Mynſ. 1. *Obſ.* 2. & Gail. 1. *Obſ.* 151. *n.* 16.

6) Quid ſi Statutum ſit, victum condemnari debere in expenſas, an & tunc iuſta cauſſa litigandi excuſat? Dubium movet, quod ita videatur fruſtraneum. Affirmat tamen Fachinæ. 12. *Contr.* 25. quia ſatius eſt ut ſuperfluum ſit, quam ut aliquis ex eo indebite lædatur.

nem omnia corrigentibus. Et hanc ſententiam ipſe item Iuſtinianus confirmat in *Novel* 82. *de iudic.* §. *ut autem*. Scribit enim, iudicem debere ſignificare ſententia, ſi litigatores in expenſas 7 non damnet: fieri igitur poteſt, ne damnet, & quidem iure.

VIII. Quo poſito quærendum erit, cui ratio litigandi fuiſſe intelligatur. Et quod ad actorem attinet, hoc probamus fieri non poſſe, ſi vincitur, quin 8 temere videatur litigaſſe. Etenim ſi ignoravit ſibi ius non eſſe litigandi: hoc ipſo culpa eius eſt, quod litigavit. Ut enim bene ſcriptum eſt in *L. qui in alterius*, *D. de reg. iur.* Qui agit, certus eſſe debet: cum ſit in poteſtate eius quando velit experiri, & ante debet rem diligenter explorare, & tunc ad agendum procedere. Reo non idem poteſt ſubiici: hic namque actionem excipere cogitur, niſi velit ius ſuum indefenſum relinquere. Quod ſane facere non debet, ſi nullam cauſſam habeat, propter quam intelligere poſſit, deberi quod petitur aut rem petitoris eſſe. *L. illud*, *D. de pet. her.* Cuiuſmodi cauſſam nullam habere videtur; ſi agatur de eo cum alieno facto, & iure, cuius ipſe particeps, & conſcius non fuerit. Veluti ſi agatur cum eo, ut herede ex facto defuncti: *d. L. qui in alterius*: aut ſi contraxerit quidem ipſe; ſed agat is, qui ſe a domino procuratorem datum dicat, nec mandatum certum proferat. *L. ſi quis inficiatus*, *D. depoſ* aut ſi vindicet quis rem tanquam ſuam, quam ſibi a vero domino donatam, aut aliter in ſe tranſlatam affirmet; nec eius rei ullum certum indicium afferat. *d. L. illud*, *de petit. hered.*

CAP.

7) Et eius rei cauſſa exprimi debet, *d. C.* 10. Tiraq. *de Pœn. temperand. in præfat. n.* 66 Gail. 1. *Obſ.* 151. *n.* 23. ſubdens, id in Camera non ſervari, ſed generatim dici, *aus beweglichen Urſachen*, ſicuti & apud nos quotidie ſententiæ concipiuntur. Ceterum monet A. Fab. 19. *Err Prag* 6 hoc caſu haud apte pronunciari ſolere expenſas *compenſandas* eſſe, cum potius nullus earum condemnationi locus ſit.

8) Longe aliud Interpretibus vulgo viſum, iudiciorumque uſu obtinet Nam & eum relevari ab expenſis, tradunt, qui pro ſe habet opinionem unius celebris Doctoris, Gu. Pap. *Deciſ.* 177. Pacian. 2 *de Probat.* 41. *n.* 156. Weſ. *Conſ.* 43. *n.* 165. aut unius ex Senatoribus curiæ, aliorum votis ſuperati, Anton. de Gamma *Deciſ.* 324 Et quod conſilium Iuriſperiti, uti a delicto & pœna, ita & ab expenſis excuſet, Menoch. *Recup. poſſeſſ. Remed.* 11. *n.* 26. *&* 2. *ſeqq.* vid Rebuff. *in Auth. habita* verbo *examinatione &c.* (quidam tamen duorum conſilia requirunt, Gail. 1. *Obſ.* 152. *n.* 6) Quodque iuſta cauſſa litigandi ei, qui habet ſemiplenam probationem, Meiſchn *Lib.* 1. *Deciſ. Cam.* 9. *in fin. Tom* 1. Quin & ſi nota probitas ac bona fama litigatoris victi, remitti expenſas, quia non præſumatur calumnioſe litem moviſſe, poſt Hoſtienſ. & alios Coraſ. *de Iuris arte P.* 4. *C.* 18. Caroc. *de iuram. lit. deciſorio* Q. 1. Q. 13. *principalis n.* 18. Ad quod multos citat Marq. Freh *Lib* 2 *de Exiſtimat. C.* 6. *n.* 13 qui tamen poſt plures alios recte contra ſtatuit. Neque enim ſi præſumptio calumniæ ceſſat, ideo & litigioſi temeritas. Quare nec iuramentum calumniæ hinc liberat, vid *not. ſupra Lib.* 24. *C* 3. *N.* 6. *ſub fin.* Nec ruſticitas excuſat. Menoch. *Arb Cap.* 194. *n.* 28. Quin immo & qui in priori inſtantia obtinuit ſententiam, in appellativo iudicio condemnari in has poteſt, ſi ea iiſdem actis ſuccubuit, vid. Tho Triviſ. *Lib.* 1. *Deciſ.* 62. *n.* 10. Sich. *ad L.* 12. §. 1. *C. de reb. cre. n.* 10. Gail. 1. *Obſ.* 152. *n.* 5. Matheſil. *Sing* 81. ibique Gabr. Sarayna *Cothm. Iur. Reſp.* 60. *n.* 145. *& ſeqq* Meichſ. *Lib.* 1. *Deciſ. Cam.* 20. *n.* 8. *& Deciſ.* 18. *n.* 109 *et Deciſ.* 35. *n.* 10. Bend. *de Reviſion. Concl.* 9. *n.* 9. Cuiuſmodi ſententias plures exhibet Syntagma ſententiarum Cameralium edita a Chriſtiao Barth. In criminalibus vero Modeſt. Piſt. *P.* 1. Q. 11. cenſet accuſatorem ſane reo damnari ad expenſas, quod & de iudice male inquirente tradit Gail. 1. *Obſ.* 152 *n.* 2.) non contra, quia crudele ſit, reum cum pœna damnum ſumptuum ſuſtinere. Et quia nemo accuſare cogitur, agere autem cogitur neceſſitate cauſſativa, ſi ſuum extra iudicium obtinere non poſſit. Expenſæ ut taxandæ, &c. vid. *Novell. Elect. Sax.* 31. *P.* 1. ubi Moller. Coler *Deciſ.* 214. Horat. Carpan. *Statut. Mediolan. Vol.* 1. *C.* 56. M Ant. de Amat. *Deciſ.* 140 (ubi quomodo a taxatione appellari poſſit, de quo & Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſ.* 16. Brederod. *de App. P.* 1. *Tit.* 20. *f.* 525. *& P.* 2. *Tit.* 40 *f.* 668.) Petereis an neceſſe ſit, vid. not. *C. ſi. N.* 6. Hæc de expenſis modo pro inſtituto ſufficiant. Perpauca licet præ aliis, quæ peti poſſunt ex Cuiac. 12. *Obſ.* 1 Hot. *ad L.* 13. §. 6. *C. de iudic.* Covar. *Pract.* QQ. *C.* 27. Zaſ. & Weſ. *ad L.* 15. *C. de iudic.* Sich. *ad L.* 1. *C. de iudic. n.* 9. *& ſeq. & ad d. L.* 13. §. *ſive autem* 6 *& ad d. L. ſancimus* 15. ipſi 13. Gœd. *de Sequeſtr. C.* 1. *n* 77. Pariad 2. *Rer. quotid. C. fin. Part.* 5. §. 18. Menoch *Arb Caſ* 177. (ubi quæ iuſta cauſſa litigandi, or excuſet) *& Retin. poſſ. Remed.* 3. *n.* 665. *& ſeqq. &* 1. *Præſumpt.* 35. Tiraq *de Pœn. temper. Cap.* 51. *n.* 108. *& ſeq* Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 30. *& ſeqq.* Rulant. *de Commiſſar P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 20. *& P.* 4. *Lib.* 8 *C ult. ac Tr. de invocat. notionque brachii. C. ult.* Moller. 1. *Semeſtr.* 8. Hering. *d. Fideiuſſ C.* 26. *n.* 75. *&* 4. *ſeqq.* Seraphin. *Privil. iuram.* 32. Fachin. 1. *Contr.* 40. *& ſeq. &* 12. *Contr.* 52 Beuſt *ad Rub. de iureiur. n.* 243. *& ſeqq* Horat. Carpan *Statut. Mediol. Vol.* 1. *C.* 55. *& ſeq* Matheſilan. *Sing.* 3 *& Sing.* 80. *& ſeqq.* Bover *Sing.* 56. Guid. Pap *Sing.* 60. Fr. Cremenſ. *Sing.* 121. Corſet. *Sing.* 90. 96. 103. Marſil. *Sing.* 207. 237. 485. 545. *&c.* Damhuder. *Praxi civ. C.* 222. *&* 249. Afin. *Praxi iudic.* §. 32 *& de Execut.* §. 3. *C.* 179. Schuarzentaler. *Lib.* 3. *Proceſſ. Actu ult.* Veſtal *Lib.* 8. *Pract. C.* 2. *& ult.* Ayrer. *Proceſſ. P.* 1. *C.* 1. *Obſ.* 6. Mynſ. 2. *Obſ.* 21. *&* 4. *Obſ.* 55. *&* 67. Gail. 1. *Obſ.* 151. *& ſeq.* Wehner. *Obſ. pract. de V. S.* v. Expenſen und Unkoſten. Boer. *Conſ.* 27. Sixtin *Conſ. Marp.* 14. *n.* 111. *& ſeq. Vol.* 1. Viv. *Lib.* 1. *Deciſ.* 48. Surd. *Deciſ.* 261. *&* 274. Monter. *Deciſ.* 14. *& Deciſ.* 36. Ant. de Gamma *Deciſ.* 65. Teſſaur. *Deciſ.* 67. Meichſner. *Tom.* 3. *Deciſ. Cam.* 7. Arumæ *Lib.* 1. *Deciſ.* 9. *&c.* quos omnes, aliosque ſupra citatos, antea adii. Enimvero haud temere Iac. Simanca 9. *de Rep.* 31. *n.* 7. expedire cenſet ſtatui, ut temerarius litigator victori omnes omnino ſumptus, damna & incommoda præſtet, ſubdens ideo Mahumetanis paucas lites eſſe, quod temere litigantes publice flagellis cæduntur. Qua de coercenda temeritate, vid. Ventura de Valentiis *Parthenii litigioſi Lib.* 2. *C.* 6. *n.* 32. *& ſeqq.*

C A P. I V.

Reum de eo abſolvendum, aut in id condemnandum eſſe, quod in iudicium deductum eſt, non in aliud; & quid videatur in iudicium veniſſe.

Continuatio & ordo. I.
Reum in id quod in iudicio deductum eſt condemnari. II.
Deduci aliquid in iudicium aut ipſo iure, aut actoris petitione expreſſa vel tacita. III.
Expreſſa: *quod continetur verbis intentionis, licet reus de eo non conſenſerit: niſi ſi quid nominatim exceptum.* IV.
Item ſiquid accidat poſt litem conteſtatam. V.
Contrariis occurritur. VI.
Tacita: *venire fructus & acceſſiones aliæ petitæ rei principalis.* VII.
Contrarius I. C. Pauli locus in L. non poteſt, 23. D. de iudic. *explicatur.* VIII.
Ipſo iure *ſumptus & impenſas litis in iudicio deduci.* IX.
In illa tria ſuperiora quæ in iudicium veniunt, non in alia reum damnari oportere. X.

I. NUnc quid iudex ſententia complecti, ideſt, qua de re reum abſolvere, aut in quam rem condemnare debeat, conſideremus. Id enim erat alterum, quod in iuſta ſententia ſpectandum eſſe, dicebamus. Et quoniam una res eſt, de qua reum condemnari, aut abſolvi oportet, ne verboſior ſit oratio, ea a me ad condemnationem ſolum conferetur, ut quod de ea dixero, ſimul de abſolutione dictum intelligatur.

II. Ac cum in *L. ut fundus, D. com. divid.* ſcriptum ſit, ultra id, quod in iudicium [1] deductum eſt, excedere poteſtatem iudicis non poſſe: cum præterea in *L. ſolemus, D. de iud.* dicatur non eſſe metiendum ex perſona rei, quid videatur in iudicium veniſſe: quia facile dicturus ſit, ſe de aliqua re non ſenſiſſe, quo conſequetur, ne condemnetur: ut autem vitetur hoc periculum, ideſt, ne reus poſſit effugere condemnationem, ſpectandam eſſe ex intentione actoris, quid in iudicium venerit: apparet de hac re, ſic veteres ſtatuiſſe, ut dicerent reum condemnari oportere in id, quod in iudicium deductum eſt, ſive quod in iudicium venit: ultra id, quod deductum eſt, nec debere, nec poſſe. Ex quo etiam illud quæſitum, quid videatur veniſſe, ſeu deductum eſſe in iudicium in *d. L. ſolemus, de iud.* Quod & nobis quærendum eſt.

III. Eſt autem deducere rem in iudicium, ſubiicere rem iudicio iudicantis, rem ei æſtimandam & iudicandam tradere. Deducitur quid hoc modo in iudicium aut petitione actoris, aut ipſo Iure ſine alia petitione. Petuntur quædam aperte: nonnulla tacite: aperte ea, quæ exprimuntur verbis intentionis. Hæc vero in iudicium veniunt. Sed an ſemper? an omnia? Quid enim ſi verba intentionis ambigua ſint, aut generalia: ut aut illic dicat reus inutiliter actum eſſe, quia actor de una re ſenſerit, reus de alia: aut hic dicat idem reus, ſe de quibuſdam ſpeciebus non ſenſiſſe? an exigemus, ut ambo iiſdem de rebus conſentiant? Quid ſi verbis intentionis contineantur quædam, de quibus tamen actor non ſenſerit, aut quæ ille iure petere non potuerit initio, etſi in ea cauſa ſint ante ſententiam, ut peti poſſint? hæc enim ſunt, de quibus in hac ſpecie ſolet dubitari. Et licet de re tota definire breviter hoc modo,

IV.

1) Hinc vulgatum illud; Sententia reſpondere debet petitioni, ac eſſe conformis libello. Quod exſtruunt *ex d. L.* 18. *& ex L. ult. Cod. de fideic. liber.* Quin ſtruunt dicunt iudicem, qui contra pronunciat. Hieron. de Mont. *Tr. Fin. regund.* C. 42. *n.* 6. Aſin. *de Exſec.* §. 3. C. 9. Meichſ. *Tom.* 3. *Deciſ. Cam.* 23. *n.* 124. Tametſi id vero reprobet A. Guib. *QQ. iur.* C. 9. ſano tamen ſenſu acceptum iuri convenit. Vid. Sneidvin, & Mudæ, *in* §. *Curare.* 32. *Inſtit. de act.* Menoch, 1, *Arb. Quæſt.* 31. Nic. Valla *de Reb. dub. Tract.* 1. *n.* 22. Thom. Grammat. *Deciſ.* 19. Guid. Pap. *Deciſ.* 27. Oldend. *Conſ. Marp.* 5. *Vol.* 3. Meichſner. *Tomo* 3. *Deciſ. Cam.* 13. *n.* 111. *& ſeq. & Deciſ.* 18. *n.* 17. *& ſeq. & Deciſ.* 22. *n.* 30. *& ſeqq. & Tomo* 4. *Deciſ.* 7. *n.* 33. Coraſ. *SC. Toloſ. Cap.* 52. Aſin. *de Exſecut.* §. 3. *Cap.* 225. *& ſeq.* Ant. Maſſa Gallet. *de Iudic. bona fid. n.* 20. Marc. Lycklama *ad L. vlnum.* 22. *de reb. cred. n.* 7. *&* 8. Pinel. *in L.* 2. *Cod. de reſc. vend. P.* 3. C. 3. *n.* 12. qui docet verum eius ſenſum eſſe, ne iudicetur de re in iudicio non tractata. Perperam vero ac craſſe ita accipi quaſi iudicis arbitrium & poteſtas recedere nequeat a deſiderio actoris. Limitant hanc regulam in criminalibus, vid. Mynſig. 4. *Obſ* 81. & ubi proceditur ſola facti veritate inſpecta, Raudenſ. *Deciſ.* 5. *n.* 91. item Principe ſuperioris neſcio iudicante, Lancell. Conrad. *Templo om. iud.* §. 3. *de obligat. Imperatoris v. iudicare ſecundum conſcientiam*, Chaſſanæ. *Catal. gloria mundi P.* 5. *Conſid.* 24. *n.* 131. item quando clauſula; peto mihi ius, &c. adiecta, Gilman. *Lib.* 2. *Deciſ. Cam.* 52. *n.* 32. Male hoc omnino. Confer not. *ſupra Lib.* 23. C. 4. *N.* 4. *clauſul.* 11.

IV. In his, quæ aperte petuntur ab actore, omne videri in iudicium veniſſe, quod intentionis verbis continetur, quod quidem commodum ſit petitori, quantunvis de eo reus non ſenſerit: præterquam ſi ab actore quid exceptum ſit nominatim, aut poſt litem conteſtatam accidit. Quæ nobis definitio explicanda eſt. Eſt enim veterum illa quidem: ſed quæ nuſquam aperte tradita ſit: conficiatur tantum ex variis illorum ſententiis neque diſpoſitis uno in loco, neque per ſe ſatis expoſitis. Quod ergo dixi id omne videri veniſſe, quod continetur intentionis verbis: præterquam ſi quid de his exceptum ſit: hoc illud eſt, quod ſubobſcure demonſtrare voluit Ulpianus in *d. L.* ſolemus. *Solemus*, inquit, *dicere id venire in iudicium, de quo actum eſt inter litigantes. Sed Celſus ait, periculoſe ex perſona rei hoc metiri, qui ſemper, ne condemnetur, hoc dicet non conveniſſe. Quid ergo? Melius eſt dicere, non id venire, de quo nominatim actum eſt, ut veniret: ſed id non venire, de quo nominatim actum eſt, ne veniret.* Quorum verborum hæc eſt ſententia, non eſſe ſpectandum, quid reus exiſtimet a ſe peti: ſed quid verba petitionis ſignificent: omnia videri veniſſe in iudicium, quæ contineantur verbis intentionis, niſi ſi quid ſit, de quo nominatim actum ſit, ne veniret. Non addit Ulpianus illa verba; Quæ contineantur verbis intentionis. Sed prorſus totum [2] hoc ita intelligendum eſt. Abſurdum ſit enim ſi quis dicat, hereditate petita res proprias petitoris veniſſe in iudicium: aut fundo petito venire ſupellectilem, quia neque res propriæ petitoris, neque ſupellex exceptæ ſint: cum alterum alterius ſignificatione non contineatur ullo modo, neque ulla communione cum altero coniungatur Sed erit, quod de intentione excipiatur hoc modo, ſi proponas petitam eſſe univerſam hereditatem excepto fundo Tuſculano, qui hereditarius eſt, quem actor ideo forte patiatur eſſe penes poſſeſſorem, quia de eo fundo aliquando cum illo tranſegerit. Et convenit potiſſimum hæc definitio verbis generalibus intentionis, & in ſe multa complectentibus Quid ſi erunt ambigua? Congruit ſuperiori rationi Celſi, in ambigua intentione id accipi, quod [3] petitori utilius ſit. Quod & receptum eſt, *L. ſi quis intentione, D. de iud.* alioqui enim ſemper dicet reus ſe de eo non ſenſiſſe, atque ita conſequetur, ne condemnetur. Finge, Stichum petitum: plures autem eodem nomine fuiſſe apud debitorem. Nec dicet reus iniquum eſſe petitori in genere affirmanti ſine alia probatione fidem haberi. Hoc enim fieri in hac re illi nihil nocet, ſi actor non probat eum Stichum, quem dicit ſibi deberi; cum reus abſolvatur. Quod ſi probet ille ſibi deberi, iam nihil habet reus, quod queratur, ſi quod eum debere conſtet, cogatur præſtare. Niſi quis putet in eo fieri illi iniuriam, quod coactus ſit litigare: qui fortaſſe litigaturus non eſſet, ſi certo ſciſſet, quid a ſe peteretur. Sed ea res excuſare eum poteſt a ſumptibus litis: eximere autem a præſtatione rei vere debitæ non poteſt. Quanquam ne in ſumptibus quidem litis habet, quo culpam deprecetur. Etenim ſi ſcivit, de quo Sticho actor ſentiret, amplius certior fieri non debuit. Si dubitavit, vel hæc ipſius culpa eſt, quod petitorem non rogavit, quem Stichum intelligeret.

V. Tantum de intentionis verbis excipiuntur duo. Primum, ſi quid ſit, de quo actum ſit nominatim, ne veniret in iudicium, *d. L. ſolemus*. De quo iam dixi, & dubitationem non habet. Deinde, ſi ſit eiuſmodi, quod ante intentionem nondum acciderat: ſed accidat poſt litem conteſtatam, quanvis ante rem iudicatam. Hoc enim referri debet illud Pauli ex *L. non poteſt, D. de iudic.* Non poteſt videri in iudicium veniſſe id, quod poſt iudicium acceptum accidit: ideoque alia interpellatione opus eſt. Cuius rei exemplum licet ab eodem ſumere ex *L. Anteus*, *§. ult.* & *L.* ſeq. *D. de aq. plu. arcen. act.* Egit quis pluviæ arcendæ, ut opus, quod factum erat, quo aqua reſtagnabat, tolleretur, & aqua arceretur. Reſpondet ille id contineri iudicio, ut opus, quod ante factum erat, tollatur. Si quid autem factum ſit, poſt litem conteſtatam, quanvis eodem loco, novo iudicio opus eſſe. Atqui verbis intentionis utrumque continetur opus, ſi verba tantum ſpectemus. Sed iure non continetur, quod

2) Convenit Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 1. *n.* 18. Omnia, id eſt, quidquid ſub petitione propoſita, aut libello comprehendi poteſt, quicquid in iudicio verſatur, veluti fructus, expenſæ non petitæ.

3) Ambigua petitio accipitur iuxta intentionem proferentis, modo poſtea probatio clara afferatur Veluti. Ago contra mulierem ex interceſſione. Suſtinetur libellus, ſi poſtea allegem cauſſam, cur mulier ex Velleiano non iuvetur, ita Nic. Vall. *d. Tr.* 1. *n.* 18. *&* 19. Sed concinnius exemplum Donelli petitum *ex L.* 83. §. 1. *de V. O.* vid. Duar. *ad tit. D. de iudic. f.* 164. *&* *ad d. L.* 83. §. 1. qui oſtendit, nullam hic eſſe captionem rei, cum requiratur eadem probatio, ac ſi nulla diſſenſio eſſet. Non obſtat *L.* 39. *de pact.* vid. Ant. Fab. *ibid.* & Pac. 2. *Enant. Quaeſt.* 7.

quod poſtea accidit. Et merito. Non enim poteſt in iudicium deduci, quod iure peti non poteſt. Non poteſt autem, quod non debetur: nec vero debetur, quod nondum accidit, eſtque in pendenti. Unde dictum eſt, iudicium in pendenti eſſe non poſſe, vel de iis rebus, quæ poſtea in obligationem adventuræ ſunt. *L. non quemadmodum*, *D. de iudic.* Sed pertinet hæc definitio Pauli ad rem principalem: non pertinet ad rei petitæ acceſſiones, de quo paulo poſt.

VI. Hic tamen de re etiam principali proferuntur nonnullæ actiones, in quibus videri poſſit, in iudicium venire id, quod poſt litem conteſtatam accidit. Nam primum in omnibus in rem actionibus ita ius eſt, ut poſſeſſor rem petitam debeat reſtituere, quam poſſidet rei iudicatæ tempore; quanvis poſt litem conteſtatam poſſidere cœperit. *L. 4. D. de pet. her. L. quæſitum, D. de pecul.* ut videri poſſit, in iudicium & ſententiam venire poſſeſſio, quæ tamen poſtea contigit. Deinde cum agitur adverſus patrem de peculio, etsi quid redactum sit in peculium poſt litem conteſtatam; tamen eatenus pater eo iudicio condemnatur. *d. L. quæſitum*. Poſtremum in pigneratitia actione hoc iuris eſt, ut cum ea actione fruſtra conveniatur creditor, niſi omnis pecunia ſoluta sit; si tamen actum sit, & debitor poſtea ante rem iudicatam pecuniam offerat, non novo iudicio sit opus, ſed creditor eodem illo iudicio condemnetur. *L. ſi rem, §. ult. D. de pig. act.* Et ſunt ſane ſupra ſcripta omnia, ut poſſideat nimirum reus, ut peculium habeat, ut pecunia ſolvatur; ſunt, inquam, hæc omnia eiuſmodi, quæ eveniant poſt litem conteſtatam: ſed non ea, quæ veniant in iudicium, id eſt, quæ petantur. Nam quod attinet ad actiones in rem, in his res poſſeſſa vindicatur, non rei poſſeſſio: niſi forte per conſequentiam hoc petitur, ut ad nos revertatur. In actione de peculio damnatur de peculio pater, & quidem, quantumcunque id poſt litem conteſtatam auctum sit. Interim petitur a patre, quod filius debuit: non petitur peculium. Itaque quanvis ab initio nihil sit in peculio: tamen auctore Proculo recte intendit creditor, ſibi dari oportere. *d. L. quæſitum, de pecul.* Denique peculium ut principaliter in iudicium non venit: sic nec venit in condemnationem: tametsi sine peculio creditori non ſatis fieret. Tantundem de pigneraticia actione licet dicere: in qua conſtat rem pignori datam peti, eoque & deduci in iudicium, non item pecuniam creditam: etsi non oblata pecunia res inutiliter petatur.

VII. Tacite petuntur, quæ verbis intentionis non expreſſa per conſequentiam rei petitæ & ipſa petita intelliguntur. Quo in genere ſunt fructus, & reliquæ acceſſiones rei petitæ. Quiſquis enim fundum petit, etsi nihil adiiciat aliud: tamen vi ipſa id quoque petere intelligitur, quod fundus, si ſtatim datus reſtitutuſve eſſet, adiiceret petitori, & sine quo non videatur fundus ab initio datus eſſe. Non videatur autem datus, nisi una & fructus poſtea percepti, & similes acceſſiones reſtituantur, quia si ſtatim datus eſſet fundus, haberet actor & fructus, & cætera, quæ deinde ex re nata ſunt, sive acceſſerunt. Itaque quanvis illa nominatim designata & petita non sint una cum re; puto tamen venire omnia in iudicium ſua ſponte, quasi petita hoc ipſo quod res principalis petita eſt; & iudicem, qui reum de re petita condemnavit, debere quoque & illum condemnare de fructibus, & cæteris acceſſionibus. Venire illa in iudicium, & debere iudicem de his quoque pronunciare, pluribus locis traditum eſt, quam ut poſſit de eo dubitari. *L. cum fundus, D. ſi cer. pet. L. 2. D. de uſur. L. illud, D. de pet. her. L. præterea, D. de rei vind.* Sed ſunt, qui putent hoc ita accipiendum eſſe, ſi & actor petierit: & quia non exiſtimant aliter peti quam ſi deſignentur verbis intentionis, adducunt, Si actor nominatim petierit. Ego concedam non venire niſi petita; ſed puto, ſatis peti hoc ipſo quod res petitur principalis. Et ideo Papinianus in *d. L. 2. D. de uſur.* ob id iſta præſtanda eſſe ait, *quod tale quidquam dari debeat, quale eſt, cum petitur*: ſignificans ſine his non videri rem dari. Cui congruit, quod Paulus ſcribit in *L. ex diverſo, §. 1. D.* de rei vind. *ubi alienum fundum petii, & iudex ſententia declaravit meum eſſe, debere etiam de fructibus poſſeſſorem condemnari*. & addit, *Alioquin, ut Martianus ait, nec rem arbitrabitur iudex mihi reſtitui*. Utcunque hoc ſe habeat, non multum ad rem pertinet fortaſſis, dum illud conſtet venire illa in iudicium, etſi nominatim non ſint petita: hoc autem pene diſerte probat Ulpianus in *L. Ædiles, §. item ſciendum, D. de æd. edic.* Ait enim: *poſt iudicium acceptum totam rem ad hominem reſtituendum in iudicio verſari, & tam fructus, quam id, quo deterior factus eſt, cæteraque venire*. *Cæteraque* intellige rei commoda. Fructus igitur, & reliquas acceſſiones

in

Digitized by Google

in iudicio verſari ait. Quid autem addit? *Iudici enim*, inquit, *poſtquam index factus eſt, omnium rerum officium incumbit, quæ in iudicio verſantur. Ea autem, quæ ante iudicium contingunt, non valde ad eum pertinent, niſi nominatim fuerint ei iniuncta*. Cum ea quæ poſt iudicium acceptum accidunt, & illa quæ ante, pariter ad iudicem pertinere dicit, cæterum ea ita ſeparat, ut dicat illa, quæ ante contingunt, ad eum non pertinere, niſi nominatim ei fuerint iniuncta: aperte declarat ea, quæ contingunt poſtea, in quo genere fructus & reliquas acceſſiones poſuerat, in iudicio verſari, & ad iudicis officium pertinere, etſi [4] non fuerint nominatim petita, ac propter intentionem actoris nominatim iudici iniuncta. Sed ne longius abierimus, cur ſolum eos fructus, eaſque acceſſiones in iudicium venire dicimus, quæ poſt iudicium acceptum contingunt: cum conſtet etiam ea, quæ ante litem conteſtatam ex re noſtra mala fide percepta ſunt, in iudicium deduci poſſe una cum re? An non eo fit, quia intelligimus ea, quæ poſt litem conteſtatam contingunt, ſua ſponte venire, & per conſequentiam rei petitæ: illa autem, quæ ante contigerunt, non ita, ut fructus & conſequentias rei, ſed ut res principales, id eſt ita ſi nominatim & principaliter petantur? Neque id iniuria. Quæ enim iam ante nata ſunt, ea a re ſeparata iam non ſunt pars rei, ſed per ſe proprium corpus efficiunt. Quæ vero naſcitura ſunt poſtea, ea priuſquam conſiſtant, quaſi ſint in re, aut ex re cauſſam habeant, ut ſint, quodammodo pars rei ſunt, certe eiuſmodi, quæ a re divelli non poſſint. Quo fit, ut recte dixerimus re principali petita hæc quoque videri petita tacite, ut partes, aut appendices rei, iſtaque ipſa ratione poteſtate intentionis & iudicii in iudicium venire etiam non nominatim iudici commiſſa. Interim meminerimus loqui nos de iis fructibus & acceſſionibus, quæ contingunt poſt litem conteſtatam: ut appareat hoc dicere nos, deduci iſta in iudicium, quamvis poſt iudicium acceptum incidant.

VIII. Cui iam videri poteſt contrarium illud, quod Paulus generaliter definit, non videri in iudicium veniſſe, quod poſt litem conteſtatam accidit. *d. L. non poteſt, D. de iud.* Sed quod ſupra monueram, animadverti debet, de [5] re principali illum loqui, non de rei petitæ acceſſionibus. Etſi enim de re nihil exprimit, tamen quid ſentiat, ſatis declarat ſequentibus verbis, cum ait: *& ideo nova interpellatione opus eſt*. Non eſt interpellatio, & petitio nova, niſi de re principali. De acceſſionibus nulla eſt. Quocunque enim in iudicio agitur de acceſſionibus, ſciendum eſt unam eſſe actionem de re duntaxat, circa cuius executionem acceſſionem ratio habetur officio iudicis. Unde ſi de acceſſionibus nihil pronunciarit iudex, nulla de his ſupereſt actio: *L. certum, D. de eo quod cer. loc. L. terminato, C. de fruct. & lit. exp. L. 4. C. depo.* Nec abs re eſt, quod acceſſiones, quæ poſt litem conteſtatam accidunt, in iudicium veniunt: res principalis, quæ poſtea accidit, non item. Res enim petita acceſſiones quoque ſuas ſecum trahit: ut conſequens ſit, cum illa quovis modo in iudicium deducta erit, quandiu in iudicio verſabitur, tandiu per eam verſari quoque in iudicio rei acceſſiones quæ ante rem iudicatam acciderint. Res ipſa principalis cum ab alia re non trahatur, non poteſt niſi per ſe propria actione petita ſit, in iudicium deduci. Non eſt autem actio & petitio de re qualibet, priuſquam debeatur: nec debetur, quod poſtea futurum eſt, priuſquam accidat. Ita fit, ut ante quam accidat, non poſſit in iudicium venire.

IX. Ipſo [6] iure deducuntur in iudicium ſumptus & impenſæ litis. In iudicium venire conſtat: cum iubeatur iudex eum, qui victus eſt in impenſas litis condemnare cauſſa prius cognita, an æquum ſit, eas a victo dependi: ut ſupra dixi. Dico eas venire in iudicium ipſo iure: quia ita iubetur iudex conſtitutionibus victum in impenſas litis condemnare, ut nihil diſtinguatur, utrum de his ulla mentio facta ſit in lite conteſtanda, an non ſit. Verba Iuſtiniani de hoc genere hæc ſunt in *L. properandum, §. ſive autem*, C. de iud. *omnes iudices, qui ſub imperio noſtro conſtituti ſunt, ſciant victum in exſpenſarum cauſſa victori eſſe condemnandum, quantum pro ſolitis expenſis*

4) Vid. *ſupra Lib.* 20. *Cap.* 6. *ibique not.* & confer Vant. *de Nullit. ſent. ex defectu proceſſus n.* 97. Georg. de Cabedo *Deciſ.* 68. *Parte* 1. Exactius hæc in præſentiarum expendere nec vacat, nec locus eſt.

5) Ita & Don. *ad L.* 31. *de reb. cred. n.* 6.

6) Vulgo tamen plures docent in expenſas condemnationem non fieri niſi nominatim petitæ ſint, Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 108. ſcribens ex uſu iudiciorum requiri expreſſam petitionem, Gœd. *ad L.* 7. *de V. S. num.* 11. Obrech *de Concip. libell. C.* 16. *n.* 31. Sed Donello conſentit Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 1 *n.* 18. Alii poſſe iudicem ex officio non petitas adiudicare, ſed non teneri, ut citati *ſupra Lib.* 23. *Cap.* 4. *N.* 4 *clauſ.* 5. & Gail. 1. *Obſ.* 152. *n.* 23, Mynſ. 4. *Obſ.* 55. ubi ita obſervari in Camera teſtatur, ſi æquum viſum ſit, idque maxime vi clauſulæ, qua petitur ius & iuſtitia miniſtrari.

penſis litium iuraverit: non ignorantes, quod ſi hoc prætermiſerint, ipſi de proprio huic pœnæ ſubiacebunt, & reddere eam parti læſæ coarctabuntur. Hæc Iuſtinianus. Et quomodo tandem petantur impenſæ prius, quam debeantur? Quomodo autem deberi poſſunt, prius, quam factæ ſint? Quamobrem eas iure in iudicium deduci neceſſe eſt, non poſtea petitione.

X. Apparet ex his tria eſſe in ſumma, quæ veniant in iudicium, rem iudicio petitam nominatim, fructus & reliquas acceſſiones rei petitæ, quæ quidem poſt iudicium acceptum contingant, item ſumptus & impenſas litis: quanvis neque acceſſiones, neque ſumptus nominatim petita ſint. Quod ſi verum eſt, quod initio definivimus in id, quod in iudicium deductum eſt, condemnationem fieri oportere, non in aliud, efficitur, *ut quot nominibus petitor rem petitam in iudicium deducere teneatur*, totidem eſſe, quæ iudex, ſi reum condemnet, ſententia complecti debeat, ut reum in ea condemnet. Sin abſolvat, unam eſſe rem, in quam actorem condemnare debeat, litis ſumptus. Eidemque regulæ conſequens eſt, ſic iudicem debere reum in hæc condemnare, ut in alia non poſſit: ac de acceſſionibus, itemque ſumptibus litis quid pronunciare debeat iudex, ſupra dictum eſt. De re petita ne dubitetur, hanc ideo dici in iudicium venire, quod iudex reum in hanc ipſam rem condemnet, non in aliam. Iuſtinianus in *L. ult. C. de fidei. liber*. ſe mirari ait eum iudicem, qui homine legato petito heredem condemnaverit non ad hominem, ſed in æſtimationem hominis; ſignificans fuiſſe ex iure, & officio iudicis, ut reum in hominem petitum condemnaret, non in aliam rem, ne ſi damnaret quidem in æſtimationem. Et merito id quidem. Quid enim agitur iudicio, niſi ut eo conſequamur, quod in iudicium deductum eſt? Quomodo autem id conſequemur, niſi iudex reum in id condemnet?

CAP. V.

Quibuſdam in cauſſis receptum eſſe, ut condemnatio fiat, aut in æſtimationem ſpeciei petitæ, aut in id, quod intereſt; & quibus.

Condemnatio fit in petitæ rei æſtimationem, quoties neceſſitas ſuadet, aut æquitas. I.

Neceſſitate fit ea condemnatio, cum res interiit mora debitoris; cuius temporis æſtimatio tum ineunda. II.

Æquitate vero quatuor ex cauſſis 1. cum petitur aliena res, quæ immenſo pretio veneat a domino; qualis hic æſtimatio. III.

2. Cum legatus ſervus petitur, qui aut eſt pater, aut naturalis filius heredis: IV.

3. Cum res commode dividi non poteſt: huius diviſionis exempla. V.

4. Si ſit ea res, quæ poteſt eſſe pluris, aut minoris poſt rem iudicatam: quæ res ſint tales. VI. VII.

Talium rerum æſtimationem fieri aut ex die quo convenit ut darentur, aut ex quo earum lis conteſtata in ſtrictis iudiciis, in bonæ fidei ſecus. VII.

In eas res quæ ſua ſpecie æſtimantur, licet in genere petitas ſit condemnatio. VIII.

In actionibus, in quibus ut quid fiat, petitur: ubi res interiit, qua de agitur, perpetuo fit in id quod intereſt condemnatio. IX.

Ubi vero res exſtet, etiam poſt iudicis de re reſtituenda iuſſum ſupereſt in actionibus in rem condemnatio ad id quod intereſt, & quomodo. X.

Ut & in actionibus arbitrariis. XIII.

In actionibus in quibus ad dandum agitur, fit ſtatim in eo condemnatio ut detur res, aut æſtimatio. XI.

Cur aliud in actionibus in rem. XII. XVII.

In actionibus, quæ ex faciendi obligatione naſcuntur, in id quod intereſt ſtatim fit condemnatio. XIV.

Ratio. XV. XVI.

De eo quod intereſt, & de illius æſtimatione quo in loco tractaverit auctor. XVIII.

Aditus ad Cap. ſeq. XIX.

I. ETſi hoc ita actioois & iudicii ratio exigere videtur: non tamen eſt perpetuum. Receptum eſt enim compluribus in cauſſis, ut condemnatio fiat non in rem petitam, ſed in rei petitæ æſtimationem, ideſt, in petitione quidem dandi, in id, quanti ea res eſt, quæ petitur; in petitione autem facti, in id quod intereſt. Quod & ipſum æſtimatio eſt facti, vel utilitatis eius, quam ex facto actor conſequi potuit. Cur ita placeat (quando a ſuperiore regula ſine magna & evidenti cauſſa recedi non oportet) cauſſæ genere duæ ſunt. Alias neceſſitas hanc condemnationem exprimit, ſi quidem actori ſatis factum volumus; alias ſuadet æquitas, & utilitas rei.

II. Illic neceſſe eſt hoc ita fieri, cum res petita aut culpa rei, aut poſt eius moram in rerum natura eſſe deſiit, facit culpa vel mora rei, ut quanvis ſit perempta, teneatur is nihilominus. *L. item ſi*, in fin. *L. qui petitorio*, §. 1. *D. de rei vind. L. ſi ſervum*, in prin. & §. *ſequitur*, *D. de verb. oblig.* Sed enim non poteſt ea res deberi, quæ natura præſtari non poteſt. *L. in re*, *D. de cond. furt. L. impoſſibilium*, *D. de reg. iur.* Nec vero poteſt quiſquam iure damnari in eam rem, quam non debet. Sic enim definitur actio, ius perſequendi iudicio, quod nobis debetur. Quo fit, ut re perempta ſi quid debeatur a reo, debeatur rei peremptæ æſtimatio, in eamque ipſam condemnari debeat; quod & receptum eſt *d. L. in re*, *L. arbitrio*, in prin. verſ. *non tantum*, *D. de dolo*. Et ut nihil dicatur amplius, vel hoc ipſum ſatis cauſſæ eſt, cur in hac re non debeat reus in rem petitam condemnari: quod ſi damnatus erit, ſeotentia nihil egerit; cum ea res non poſſit præſtari. Hic vero, ſi quæratur, cuius temporis æſtimatio facienda ſit, diſtinguamus ex ſententia *L. 3. D. de cond. trit.* ut ſiquidem res deterior facta non ſit ante, quam interiit; tum ſpectetur non quidem noviſſimæ vitæ tempus, ne ad exiguum precium æſtimatio redigatur: ſed illud, quo incidit in morbum, vel vulnus accepit, ex quibus rebus interiit. Sin ante facta ſit deterior, tum ad tempus moræ reducatur æſtimatio: ideſt, tanti res æſtimetur, quanti plurimi fuit, cum mora facta eſt. *d. L. in re*, §. 1. *D. de*

D. de cond. fur. hoc ut dixi, neceſſitas rei exigit. Sed etiam tum, cum poteſt res per rerum naturam præſtari: tamen multis modis æquum eſt, reum præſtatione rei petitæ liberari, proindeque damnari potius in æſtimationem.

III. Cur ita videatur æquum, quatuor ſunt cauſſæ. Interdum res aliena eſt, quæ petitur, quam dominus vendit quidem; ſed non niſi immenſo precio. Non eſt æquum, ſi reus non deſierit eam rem dolo malo poſſidere, cogi eum emere rem, quam non habet, ea conditione, ut ſupra iuſtam æſtimationem oneretur. Alioqui plus cogetur præſtare, quam debuit. Ita, quoniam alia conditione rem habere non poteſt: reſtat, ut non in rem, quam non habet, ſed in veram æſtimationem eius adverſario damnetur. Hoc faciendum eſſe in re aliena legata, quæ exigatur ab herede, quam eandem dominus aut non vendat, aut vendat immenſo pretio ſcriptum eſt in *L. ſi domus*, *§. qui confitetur*, *D. de leg.* 1. Cur non idem reſpondeatur in omnibus rebus debitis, quæ dolo debitoris non abſunt: ratio reddi non poteſt. In quo rurſum si quæratur, cuius temporis æſtimatio ſpectanda sit, cavetur in *d. L.* 3. *de cond. trit.* quod hic teneamus, ad hanc ſententiam: ubi de æſtimatione rei, quæ adhuc exſtat, quæritur (quod hoc caſu contingit) ſpectandum eſſe condemnationis tempus duobus temporibus. Uno, cum res ante deterior facta non eſt, ut nunc quidem non sit minoris, quam fuit tum, cum petita eſt; altero, cum facta quidem eſt deterior, ſed reus in re præſtanda moram non fecit, quod accidit cum rem nunquam habuit, ut in ea ſpecie, de qua agimus. Nam si moram fecerit in ea re (quod fit, cum rem habuit cum petebatur, quam deinde conſulto alienavit) eaque deinde deterior facta sit: faciendum eſt idem, quod ſupra, ad tempus moræ videlicet reducenda æſtimatio eſt.

IV. Interdum res debitoris eſt, habetque is eius præſtandæ facultatem: ſed humanitas facit, ne res ab illo abſtrahi debeat, dum æſtimationem offerat. Quod probatum eſt in ſervo legato, qui sit pater heredis aut filius eius naturalis, quem legatarius ab herede petat. Plus quam humanum eſt, concedere hoc affectui & caritati patris, ut filium apud ſe habeat: pietati filii, ut apud ſe habeat patrem: humanum & illud habere rationem libertatis, ad quam credibile eſt, filium a patre, patrem a filio retineri, & hanc anteponi affectioni neſcio cui actoris, qui dum habeat æſtimationem, nullum eius incommodum eſt, si ſervo careat, pro quo facile alium poſſit parare: hoc idem ſcriptum ab Ulpiano eodem loco, quo ſuperius, poſitum eſt in *d. L. ſi domus*, *§. qui confitetur*, *de leg.* 1. de tempore, quod in hac re æſtimanda ſpectetur, idem quod in ſuperiore ſpecie tenebimus.

V. Nonnunquam ideo æquum rem ab eo, cum quo agitur, retineri: quia cum hoc ei utile eſt; tum vero non expedit ne actori quidem ipſi, rem ad illum transferri, ut petit. Quod accidit in iudiciis diviſoriis familiæ erciſcundæ, communi dividundo, tum, cum de una re dividenda agitur, quæ non poteſt ita dividi, ut singuli ex ſociis rei communis partes diviſas obtineant sine incommodo. Et ideo cum in his pars diviſa petatur a singulis; tamen officium iudicis in eo genere tale eſt, ut cum res commode dividi non poterit, ut homo, bos, equus, non eam dividat: alioqui eam perdet; ſed quod ex uſu eſt utriuſque, eam totam uni adiudicet, & re æſtimata eum invicem in æſtimationem partis, quam habet amplius, quam pro iure communionis, alteri condemnet. Sin ita poſſit, res dividi sine detrimento, ut tamen effici non poſſit, quin unius pars alterius partem ſuperet: iubetur Iudex dividere quidem hoc modo, & singulis adiudicare partes: ſed ita, ut quia plus uni tribuit, quam iuſta diviſio poſtulat, hunc invicem certa pecunia, nempe in æſtimationem eius, quod amplius ei adiudicavit, alteri condemnet. Idem obſervatur in iudicio finium regundorum, si evidentioribus finibus diſtingui agros commodius sit, quam olim fuiſſent diſtincti. Placet enim ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari debere ita, ut is alteri in certam pecuniam condemnetur: hoc apud Iuſtinianum, in *§. eadem*, & ſeq. *Inſt. de off. iud.* Cætera in his iudiciis, quæ ſunt in officio iudicis: nempe, si plures sint res communes, ut singulas singulis adiudicet, & si in alterius perſona prægravare videbitur, ut hunc certa pecunia alteri condemnet: tum ut si quid in rebus communibus damni quis dedit, sive quid ad quem pervenit ex re communi, is eo nomine pro parte alteri damnetur: sin contra alicui ſociorum quid abeſt ſocietatis nomine, ut ei ſententia iudicis pro parte ſanciatur: quibus in rebus verſantur illæ, quæ perſonales præſtationes horum iudiciorum appellantur. *§. ſi familiæ*, *Inſt. de off. iud. L.* 3. *D. com. divid. L. item Labeo*, *§. familiæ*, *D. fam. erciſ.* Hæc

inquam omnia magis ex vi, & poteſtate petitionis, quam contra petitionem ſtatuuntur: his enim modis, ut res communes dividuntur; ſic dividuntur commoda & incommoda, quæ per occaſionem communionis contigerunt: ſed ut quiſque ſociorum nihil eorum amplius ferat, quam pro portione. Petitur autem his iudiciis, diviſio, idque agitur, ut a communione recedatur. Itaque nihil ea ad hunc locum. Tantum in his quæritur, quæ ſit ratio res dividendi, efficiendique, ut a communione diſcedens unuſquiſque ſuam partem ferat integram, quod ex ſingulis iudiciis petendum eſt.

VI. Poſtremo nonnunquam evenit, ut debitor, ſi rem præſtet poſt rem iudicatam, ſicuti petita eſt, plus aut minus præſtiturus ſit, quam habiturus foret petitor, ſi res ſtatim reſtituta eſſet. Quod non eſt æquum. Ut enim creditor in re de qua non convenit, ut certo die daretur, id habere debet, quod petiit, quale eſt, cum petitur, quodque ex ea habiturus foret, ſi eo tempore res data eſſet, cum petita eſt; ita dum id habeat, ſatis eſt. *L. 2. D. de uſur. L. cum fundus, D. ſi cer. pet. L. illud, D. de petit. hered.* Ut autem plus minus re conſequatur petitor, ſi reus rem ita, ut petita eſt, præſtet, contingit tum, cum genus petitum eſt earum rerum, quarum in genere ipſo certa eſt æſtimatio, & eiuſmodi, quæ temporibus commutetur. Quales ſunt, quæ conſtant pondere, aut menſura: ut ſi creditor ex cauſſa mutui petierit decem modios frumenti, aut vini decem dolia: deinde ſententia iudicis cogatur reus tot modios frumenti, tot vini dolia præſtare. Nam hæc qui petiit, petitionem retulit ad id vinum, quod tunc eſt cum agitur.

VII. In univerſum enim probandum eſt, eum qui ſuum, aut ſibi debitum quid nominat, ſemper præſens tempus demonſtrare intelligi. *L. ſi ita legatum, D. de aur. & arg. leg.* Finge ergo, minutam eſſe æſtimationem vini eo tempore, cum res iudicatur: ſi liberatur reus vinum dando, non conſequitur creditor eam æſtimationem, quam, ſi vellet, eſſet habiturus, ſi ſtatim vinum datum eſſet: fac contra auctam eſſe æſtimationem. Si cogitur reus vinum dare, plus petitor conſequitur, quam conſequeretur, ſi ſtatim vinum eſſet reſtitutum. Quorum utrunque cum, ut dixi, ſit iniquum, & contra rationem iuris; conſequens eſt in vinum, quod nunc eſt, non debere reum condemnari: ſed in id, quod fuit, cum petitum eſt, quod ita fit, ſi damnetur in eius vini æſtimationem. Nec quiſquam dicat, ſi vinum, quod petitum eſt, ab initio datum foret, petitorem eius æſtimationem fuiſſe habiturum, quæ poſtea ſecuta eſt. Qui ſcis enim, ſi id datum eſſet, an fuerit uſque ad rem iudicatam permanſurum? Nam profecto alienari potuit, & conſumi a creditore & ipſo caſu perire. Et vero cum datum non ſit, non poſſumus affirmare id fuiſſe manſurum, quod datum eſſe & manſiſſe non conſtat. Idem de ſpecie certa petita dici non poteſt. Etſi enim hæc, ſi data eſſet initio, perire eodem modo potuerit, & conſumi, tamen quia id factum non eſſe conſtat, cum exſtet res etiam nunc tempore rei iudicatæ; ideo in re certa, quod evenerit ſpectare oportet, non quid potuerit evenire: hæc cauſſa eſt, cur placeat vino petito in genere condemnationem fieri debere in æſtimationem vini: & in hac ſi quæratur, cuius temporis æſtimatio ſpectanda ſit, eius temporis eſſe ſpectandam, quo convenit, ut vinum daretur: ſi non convenit, tum eſſe ſpectandum, quanti vinum fuerit cum lis conteſtata eſt. *L. vinum, D. ſi cer. pet. L. ult. D. de cond. triti.* Sic enim fiet, ut conſequatur creditor id, de quo actum eſt, vel quod petiit, quale tunc erat, nec quidquam amplius, ubi certum non ſit, petitorem id habiturum fuiſſe; quanvis res ſtatim eſſet reſtituta. Et hoc ſpectatur in ſtrictis iudiciis. In bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus, quanti res ſit obſervatur. *L. 3. §. in hac, D. commod. L. 3. §. ult. D. de actio. em.* Sed de hac re tota diſſerui [1] diligentius in *L. vinum, D. ſi cer. pet.*

VIII. Illud animadvertendum fieri hanc condemnationem in genere earum rerum, quæ pondere, numero, aut menſura conſtant; quia recipiunt certam æſtimationem, in ſingulis ponderibus & menſuris, in quam proinde condemnatio fieri poteſt. Cæteris autem

[1] De quo & fuſiſſime diſceptant Anton. Fab. 16. *Coniect.* 1 *& ſeqq. &* 16. *Err. Prag.* 1. *& ſeqq. ac Cod. ſuo Titul Si cert. pet. definit.* 7. *& ſeqq* Andr. Kohl. *Exercit. legali* 10. *& ſeqq.* Marc. Lycklama *in Repet. d. L. vinum.* Caſp. Schifordegher. *Lib.* 2. *ad Ant. Fab. Tract.* 30. *& ſeqq* Strictius Gœd. *de Contr. ſtip. Cap.* 11. *Concl.* 6 Vaud 1. Q. 41. *n.* 19. *& ſeqq.* Charond. 2 *Veriſim.* 12 Andr. Clud. *de Condict. certi. C.* 4 *n.* 125 *& ſeqq.* Arumæ. *de Mora C.* 8. *n.* 5. Io. Kitzel. *de Oblig. Mutui* C. 9. Confer. Munnoz. *de Ratiocin. C.* 17. Ego me huic liti non implico, quam alio tempore pro virili tractabo in Comm. de bona & mala fide, &c. De æſtimatoribus, qui pretium definiunt, vid. præter citatos *ſupra Lib.* 21 *C.* 1 *N.* 4 Valaſc. *Praxi collat. C.* 9. Io. Garſia Gallec. *de Expenſ. C.* 24. Menoch. *Adipiſc. poſſeſſ. Remed.* 5. *n.* 162 *& ſeqq.* add. *Nov. Sax. Elect.* 32. *p.* 1. & ibi Moller Confer. Dominic. Soto *Lib.* 6. *de Iuſt. & Iur. Q.* 2. *Art.* 3.

autem rebus, quæ ſua tantum ſpecie æſtimantur, generaliter petitis, ut homine, equo, bove, non ſolum in hæc eadem condemnabitur reus: ſed etiam ita eum condemnare neceſſe eſt, non in rei petitæ æſtimationem: homine quovis generaliter petito, ut non omnes homines ſimul petiti intelliguntur, ſed unus homo ex omnibus: ſic non poteſt niſi unus æſtimari, & is quidem: qui ſit certus, & quam prius conſtiterit debere dari: hoc autem ante ſententiam conſtare non poteſt. Quis enim detur, in electione rei ita poſitum eſt, non actoris. Ita cum non ſit, quod æſtimetur, neceſſe eſt, qualis petitio fuit, talem quoque fieri condemnationem: adde quod non eſt periculum, ne hoc modo maioris pretii hominem actor conſequatur, quam ab initio petiit. Cum enim certum hominem nullum petierit: apparet eum nec certi pretii hominem petiiſſe.

IX. Eædem cauſſæ & ſimiles efficiunt in iis actionibus, quibus, ut quid fiat, petitur: ut fiat condemnatio maxima ex parte, non in hoc, ut reus faciat, quod petitum eſt, ſed in id quod intereſt id fuiſſe factum. Petitur, ut quid fiat in actionibus in rem omnibus, in quibus hoc agitur, ut res petita reſtituatur. Item in actione ad exhibendum, tum in actionibus in perſonam, quibus aut ad rem reſtituendam agitur, quæ a nobis profecta ſit, cuius proprietas a nobis non receſſerit; ut commodati, depoſiti, mandati; aut ad rem tradendam, ut in actione ex ſtipulatu, cum rem ſtipulati ſumus. Siquidem ergo res, de qua agitur, interiit, eadem neceſſitas, quæ ſupra, cogit condemnationem fieri in id, quod intereſt; poſtquam non poſſit reus utiliter damnari ad reſtitutionem, exhibitionem, traditionem eius rei, quæ reſtitui, exhiberi, tradi non poteſt. *d. L. arbitrio*, in princ. verſ. *non tamen*, *D. de dolo*.

X. Sed etſi res extabit, & erit, quod natura poſſit præſtari: tamen ea eſt horum iudiciorum conditio, ut quemadmodum dixi, magna ex parte condemnatio fiat in id, quod intereſt. Interdum quidem, ut reus faciat, quod petitur, ſed raro: & quanvis id factum ſit primo: tamen ut plurimum pergit iudex, & ſumma condemnatio eſt in id, quod intereſt. De cauſſis paulo poſt. Ante, quod ſit in his iudiciis circa condemnationem iudicis officium breviter dicam: quando id eſt ab eo, quod in aliis iudiciis receptum eſt, longe diverſum, & de eo inter omnes convenit. Ergo in actionibus in rem officium iudicis tale eſt. Primum, quia de iure rei petitæ agitur, quo iure actor rem ad ſe pertinere, & ſibi reſtitui debere intendit; ante omnia declarat ſententia ſua iudex, rem controverſam eo iure eſſe, quo intenditur. Ut ſi rem ſuam eſſe intendat actor, declarat iudex, eius eſſe. *L. ex diverſo*, *§. 1. D. de rei vindic.* Quod proximum eſt, quoniam petitur rei reſtitutio; in re extante (de qua nunc nobis ſermo eſt) ſemper iubet poſſeſſorem rem reſtituere: hunc iuſſum pro iuſta ſententia eſſe fortaſſe quis exiſtimaverit, sic ut eo interpoſito neceſſe ſit iudici quieſcere, tanquam officio ſuo functus ſit; ut qui hoc modo pronunciaverit de re controverſa, & reum condemnarit. *arg. L. iudex*, *D. de re iud.* Et habetur quidem certe hic iuſſus pro ſententia interdum: verum non ſemper, ſed & poſt hunc reſtat etiam nunc iudici ſententia ut plurimum, qua reum in id, quod intereſt, condemnet. Quod cum ita ſit; non tantum, quia hic iuſſus adeo diſſimilem vim ad iudicium tranſigendum habet: ſed etiam, quia hoc totum ius poſterius huius generis actionum proprium eſt, & ab aliarum actionum iure abhorret; quale ſit, præcipue in officio eius, qui de hac actione iudicat, conſiderandum eſt. Si quidem ergo poſſeſſor iuſſus rem reſtituit, aut non reſtituit quidem, ſed eam habet in poteſtate; iuſſus pro iuſta ſententia eſt, ſic uti ultra nihil habeat iudex, quod de re pronunciet, & in quo reum condemnet. Priore caſu, quia poſſeſſor iuſſui parendo, eumque voluntate ſua ita confirmando, nihil reliquit iudici, quod amplius de re pronunciaret. Poſteriore, quia etsi poſſeſſor non paret iudici volens: tamen magiſtratus iuſſum exſequendo rem ei aufert etiam manu militari, quomodo efficitur, ut iuſſus ſententiæ, & rei iudicatæ vim obtineat. Hæc colligimus ex *L. qui reſtituere*, in princ. *D. de rei vind.* Quod ſi reſtituere iuſſus, neque rem reſtituit, neque eam in poteſtate habet, dum eam aut dolo malo, aut culpa deſiit poſſidere: hic iam incipit ſuperior iuſſus in ea cauſſa eſſe, ut habeatur pro admonitione duntaxat, & arbitrio iudicis, tanquam amici officio ſungentis monentiſque, ut poſſeſſor rem reſtituat: non etiam pro condemnatione. Etenim, ſi pro condemnatione haberetur, iudicata res eſſet, & ſive bene, ſive male, officio ſuo functus eſſet iudex, nec ultra poſſet progredi. *d. L. iudex*, *D. de re iud.* Nunc autem hoc

hoc ſervatur, ut quaſi ſententiam non dixiſſet prius, ſequatur eius [a] condemnatio nova, qua damnatur reus in id, quod intereſt. Hoc in *d. L. Qui reſtituere, 2. reſpon.*

XI. Non idem fit in iis iudiciis omnibus, in quibus ad dandum agitur. In his, ſi damnatur reus, ut rem det, nihil amplius quæritur: ſi damnatur in æſtimationem, ſtatim damnatur, nec ullius præcedit iuſſus, ut rem det, ut ſic ea non data ſequatur condemnatio. Et recte. Non enim eſt neceſſe. Si namque damnatur reus rem dare, & non dat, nihil opus eſt propria cognitione, & ſententia de rei æſtimatione, quæ certa eſſe poteſt ſine iudice, quamdiu res exſtat. Si damnatur in æſtimationem, id tum fit, cum æquum eſt reum in rem ipſam non damnari, ut ſupra diximus; ut proinde: vel ſtultum, vel iniquum ſit iubere rem dari, quam ſcias dari non debere.

XII. Cur ergo in actionibus in rem, & ſimilibus contra fit potius? Quia iudicii neceſſitas tale officium iudicis exigit. Nam primum in his quandiu res reſtitui poteſt, æquum eſt ſemper reum iuberi, ut rem reſtituat: ob eam cauſſam, quam mox dicam. Quod ſi reſtituere iuſſus non reſtituit, neque rem habet, nihil eſt iam, quod ab eo exigatur, præter facti æſtimationem, ea eſt autem id, quod intereſt. Atqui ad id æſtimandum ſententia iudicis opus eſt. Res enim in facto poſita eſt, quatenus cuiuſque interſit, & diſquiſitione indiget non minore, quam reliqua, quæ in iudicium deducuntur. *L. quatenus D. de reg. iur. L. ult. D. de prætor. ſtipul.* Hactenus igitur & officium iudicis fuit protrahendum: alioqui ſententia ſua controverſiam non diremerit.

XIII. Quod in actionibus in rem iuris eſt, idem locum habet, & in actionibus in perſonam, in quibus agitur de re reſtituenda, quæ quidem profecta ſit a nobis ita, ut a nobis proprietas non recederet, ut commodati, depoſiti, item in interdictis, quibus id agitur, ut opus, quod factum eſt, reſtituatur. *d. L. qui reſtituere* in fin. Idem placet, & in actione ad exhibendum. §. *præterea, Inſt. de action.* Ita pendet in his condemnatio ex arbitrio iudicis: id eſt ex eo, utrum iudicis arbitrio pareas, necne: unde & arbitrariæ dictæ ſunt huiuſmodi actiones, *d. §. præterea.*

XIV. Reliquæ ſunt actiones in perſonam, quæ ex obligatione faciendi naſcuntur, ubi quid tradi debet. Et exſtat in *L. ſi quis ab alio.* in fin. *D. de re iudic.* de faciendi obligationibus definitio huiuſmodi: Evenire hoc in omnibus faciendi obligationibus, ut ſi non fiat, quod promiſſum eſt, condemnetur reus in pecuniam numeratam, id eſt, in id, quod intereſt. Qua declaratur & in tradendi obligationibus, ſive actionibus iis, quæ inde naſcuntur, iſto modo reum condemnari: & quoniam dicitur non agi iſto modo, ſed iſto modo condemnationem fieri, hinc colligimus ſic condemnari reum in omnibus, non tantum ſi creditor egerit in id, quod intereſt; quod dubitationem non habet: ſed etiam ſi petierit ab initio rem ſibi tradi, quæ ex empto, aut ſtipulatu tradi debuit. Quorum utrumque & cum reſtituendi obligationibus congruit. Nam & tunc cum ad reſtituendam rem agitur, etſi iubetur primo reus rem reſtituere: tamen ſi non fit, quod debetur, iam dixi condemnationem fieri in id, quod intereſt. Sed hoc diſtant aliæ actiones ab aliis, quod eæ in quibus ad dandum, tradendumve agitur, arbitrariæ non ſunt. Qua ex re intelligemus, in his nulla habita ratione, utrum poſſit reus tradere nec ne; prætermiſſo præterea iuſſu, ut reus tradat, ſtatim condemnationem fieri in id, quod intereſt.

XV. Nunc conabor huius iuris rationem exponere. Ergo in obligationibus faciendi, ſi non fiat, quod promiſſum eſt, condemnatio fit in id quod intereſt: primum cum promittit quis quid ſe facturum, non tam factum videntur cogitaſſe contrahentes, quam facti utilitatem. Ex quo eſt, quod iam ab initio in eiuſmodi obligationibus exiſtimatur id, quod intereſt contineri. *L. ſi pœnam, L. quoties quis,* 81. *D. de verb. obl.* Et illud, quod eſt conſequens, quod dicitur iuſta æſtimatione facti dandam eſſe petitionem. *L. ſtipulationes non.* verſ. *Celſus, D. eod.* Qua de re ſi quis plura deſiderat dixi, quantum ſatis eſſe videbatur, ad *L. ſi quis ab alio, D. de re iudic.* & ad *L. ſtipulationes, de V. O.*

XVI.

[a]) Et hinc quia condemnatio ſequitur, iuſſum illum, ſeu arbitrium nunquam eſſe ſententiam, arguit Ant. Fab. 16. *Coniect.* 17. & 17. *Err. Prag.* 6. ac 18. *Err. Prag.* 4. & *paſſim*. Et iuſſum illum pro interlocutione habent Menoch. *Arb.* Q. 3. n. 9. Vaud. 1. Q. 54. ac non iure actionis, ſed iudicis officio expediri, Mudæ. *in* §. 1. *Inſt. de act.* n. 39. Sneidvin. *ibid.* n. 62. Menoch. *Adipiſc. poſſ. Remed.* 4. n. 524. Quod Molinæ. *in Novo intellectu, L. ſi partem,* 19. *Quem ſerv. amit. & altar. quas coniunxit* n. 23. refellere nititur. Sed hac de re quid noſtri iudicii, alio tempore.

XVI. Secundum quæ recte dicetur, eum, qui petiit, ut quid fieret in eo, quod prius ad ius eius non pertinuit, etſi videtur verbis factum deduxiſſe in iudicium, vi tamen ipſa & ſententia verborum utilitatem facti, id eſt, id quod intereſt, deduxiſſe. Tum autem, ut detur deduxiſſe factum, tamen condemnatio facienda eſt potius in æſtimationem facti: quia ſi reus recuſat facere, quod promiſit, ut hactenus fecit, ſententia erit ipſi etiam actori inutilis. Nam magiſtratus, qui ſententiam exſequitur, extorquere ab invito reo non poteſt, ut faciat. Tantum poteſt pecuniam, æſtimationem eius, quod intereſt. Hanc vero non poteſt, niſi prius certum factum ſit, quanti eius interſit; nec vero poteſt certum fieri, niſi ſententia iudicis: quoniam, ut ſupra dixi, res in facto poſita præcipue inter alias cognitiones definitione iudicis indiget. Sed cur non placet primo iuberi reum, ut rem tradat, ut ſic exſpectetur, an faciat necne; tum deinde, ni faciat, damnetur in id, quod intereſt? Quia nulla æquitatis ratio cogit id exſpectari, atque ita differri iudicium. Sive enim de affectione actoris quæritur, eius affectionis in re, quæ numquam illius fuit, nulla ratio habenda eſt: sive quæritur de eius utilitate, nihil eius intereſt habere, quod petit, dum conſequatur eam utilitatem, quam ex facto volebat conſequi. Quod ad reum attinet, non eſt metuendum, ne dicatur eius intereſſe, ne in aliam rem damnetur, quam quæ petita eſt. Cum enim nolit facere, quod eum iure facere oportebat, si ob eam cauſſam damnatur in pecuniam numeratam, id voluntati & contumaciæ ſuæ expenſum ferre debet.

XVII. In actionibus in rem, itemque his, in quibus ad exhibendum, aut rem conſtituendam agitur, contra receptum eſt, contrariis de cauſſis. Primum eſt æquiſſimum, quod a nobis profectum sit, & ad nos etiam iure pertineat, id ad nos etiam reverti, si poteſt, & ut credibile eſt, id pertinere ad voluntatem noſtram, ita in eo affectionis noſtræ, non tantum utilitatis haberi rationem. Cum hoc æquum eſt; tum vero poteſt iudex conſequi, ut fiat, rem, quam poſſidebit, tenebitve, ei auferendo. Quod si res non poſſidebitur a reo, quia tamen ab eo recuperari poteſt; melius eſt, tempus conſtitui ad eam reſtituendam, intra quod exſpectetur, an is condemnationem metuens iuſſui iudicis pareat.

XVIII. Quid ſit habendum in eo, quod intereſt, ſcripſimus in commentario de eo, quod intereſt. Cuius temporis utilitas in eo ſpectanda ſit a iudice; ideſt, an æſtimandum ſit, quod quovis tempore interfuit, an ſolum, quod interfuit tempore litis conteſtatæ: declaratur in *L. ſi calendis*, *D. de re iudic.* quem locum illic pluribus exſecuti ſumus.

XIX. Illud proprium eſt huius loci, diligenter monere & videre, quodnam ſit in eo officium iudicis; cum & res, quæ dari debuit, & in facto id, quod intereſt, ſit æſtimandum, non unam in hac re receptam eſſe æſtimandi rationem. Alias æſtimatur res, quanti vere eſt; quod poſitum eſt in iudicis cognitione, de qua ſupra dictum eſt. Alias quanti res erit ab actore æſtimata iureiurando in eam rem illi delato, quod appellatur in litem: ideſt, rem, quæ in lite verſatur, æſtimet. Quod quia neque fit paſſim, neque etiam convenit; ideo ubi id faciendum ſit, & quomodo in eo ſe gerat, iudici videndum eſt.

CAP.

C A P. VI.

De in litem iurando. Quid ſit in litem iurare. Huius iuriſiurandi quæ ſpecies.

In litem iurare, ſive iureiurando æſtimare litem quid ſit; quid potiſſimum nomine litis ſignificetur. I. II.
Tale iuſiurandum æquitate exigente receptum eſſe. III.
Cum in rebus quæ dicuntur amiſſæ, nec probantur; tum in earum æſtimatione: poſterius hoc quomodo temperatum. IV.
Item in ſola rei petitæ æſtimatione quam conſtat præſtari debere: æſtimatio ſit aut pro affectione, aut pro rei veritate. V.
Hinc eſſe iuſiurandum, quod vulgo nuncupant, affectionis & veritatis: quid ſit utrumque. VI.

I. IN litem [1] iurare nihil aliud eſt in uſu iuris, quam iurare in litis æſtimationem, lureinrando litem æſtimare, ſeu iurare, quanti litem æſtimes. Litem accipimus rem, de qua lis & controverſia eſt. Utrumque pene expreſſit Ulpianus in *L.* 1. hoc tit. *Creſcere poteſt*, inquit, *condemnatio in iudicio per iuſiurandum in litem*. Et hoc ita explicat: *nec res*, inquit, *pluris ſit per hoc, ſed æſtimatur ultra rei pretium*. Itemqne ex eodem Ulpiano intelligimus in *L.* 3. & *L.* 4. §. 1. ſed & Marcianus in *L.* 5. cum dixiſſet in certis iudiicis in litem iurare, ſubiicit ſtatim; *ſed iudex poteſt præfinire certam ſummam, ad quam uſque iuretur*. Ecce in ſummam certam & præfinitam iurare, & in litem iurare pro eodem poſita, Ibidem, iuſiurandum in litem deferri dicitur, ut inde poſſit iudex rem æſtimare. Nec aliud ſignificant illi módi loquendi, in litem iurare, quanti actoris interſit; quantitatis enim verbo æſtimationem rei intelligimus. *L.* 3. *L. tutor, L. pen. h. tit. L.* 3. *D. ad exhib.* ubi dicitur, iudex quantitatem taxare. Lis igitur, ideſt, res de qua lis eſt, ut antea dixi, figura uſitata, [2] continens pro contento: unde illa paſſim in libris reſponſiſque veterum Iuriſconſultorum eodem more uſurpata, litem alicui æſtimatam eſſe, aliquem litis æſtimationem ſuſtuliſſe. *L. ſi propter. D. rer. amot. L.* 2. in fin. & *L.* 3. *D. pro empt. L. nec ullam, §. pen. D. de petit. her.*

II. At illud, inquies, quomodo poteſt recipi, ut in litem interpretemur, In litis æſtimationem? Nam ſi maxime diverſa ſunt, res aliqua, & eius rei æſtimatio: neceſſe eſt, itidem maxime diverſa videri, litem & eius litis æſtimationem, ubi lis pro re, de qua lis eſt, accipiatur. Et neceſſe eſſet ita videri, ſi lis ſignificaret omnem rem, de qua lis eſt: quo ſenſu quodcumque iuſiurandum interponeretur in lite de re aliqua, id recte diceretur in litem. Sed apparet veteres in huius iuriſiurandi appellatione verbum totius tribuiſſe præcipuæ parti litis per excellentiam; ut litem dicerent id, quod eſt quidem in lite, ſed quod eſt ſummum ac præcipuum, & ad quod totius litis finis atque exitus refertur. Ea autem eſt damni aut amiſſi lucri æſtimatio, quam actor iudicio conſequi contendit. Quo fit: parte, atque hoc effectu, qui maxime lite petitur, & in lite verſatur, iuſiurandum in litem dictum ſit, quod eſſet in ipſam litis, & rei in iudicium deductæ æſtimationem. Sed de verbo ſatis, & tamen neceſſario propter nonnullorum de eo dubitationes interpretationeſque contrarias. Nunc de re ipſa dicamus.

III.

[1]) Materiam hanc plenius tractare, vix ſinunt, quæ ſequuntur. Nec temperare tamen poſſum, quin aliquibus corruptionibus A. Fabri occurram. Omittenda itaque plura de quibus conſulas ad totam materiam Duar. *ad hoc tit. D. in prioribus poſter. Comm.* Baron. *ad eund.* & Borch. Synoptice, & Beuſt. (ſed qui brevius) *ad Rub. D. de iureiur. n.* 127. *& ſeqq.* Zaſ. *ad Sing. LL. h. t. D.* pleniorem tractatum Io. Bapt. Plot. *de in lit. iur. ad L.* 9. *C. unde vi.* Ad præcipua quædam eiuſdem Menoch. *Arb. Caſ.* 207. *& ſeq.* Coraſ. 6. *Miſc.* 1. *&* 3. *ſeqq. & C.* 9. *ac ad L. in act.* 5. *h.* 1. *Tomo* 1. *fol.* 606. *&c.* Charond. 3. *Veriſim.* 8. Vital. *L.* 1. *Var. Lect.* 21. *& ſeq.* Gœd. *ad L.* 192. *de V. S.* Sneidvin. *ad §. item ſi* 11. *Inſtit. de act. n.* 33. *& ſeqq. & ad §. præterea.* 31. *eod. n.* 12. *ac ſeqq.* Munnoz *de Ratiocin. C.* 9. *n.* 26. *uſque ad n.* 39. *& n.* 55. *ac n.* 73. *& ſeqq.* Forſt. *de Iuriſdict. Rom. p.* 2. *lege Numa* 3. *n.* 33. *& ſeqq.* Matth. de Afflict. *Dec.* 169. (& ibi in annot. Cæſ. Urſil.) *& Deciſ.* 330. *ac* 360. Vinc. Caroc. *Deciſ.* 12. M. Ant. de Amat. *Deciſ.* 165. Virgil. Pingiez. *Q.* 52. Polydor. Ripa *de Nocturno tempore C.* 30. *& ſeqq.*

[2]) Duar. *ad hunc t. D. C.* 1. Borch. *hoc t. Cap.* 1. *n.* 8. Charond. 3. *Veriſim.* 8. Lis non ſignificat iudicium, ut Azo & Hoſtienſis, quo in loco iudicii præſtetur, quia hoc commune eſt aliis, ſed rem de qua contentio in iudicio.

III. Et cum hoc iureiurando conſtituatur actor iudex in cauſſa ſua invito reo, quod genere ipſo iniquum eſt. *L. Iulianus autem*, 16. *D. de iudic. tit. C. Ne quis in ſua cauſſa iud.* certum eſt, iusiurandum eſſe eiuſmodi, quod temere non fuerit admittendum, & quod dici ſolet, nihil de ſolemnibus immutandum, niſi ubi evidens æquitas poſceret. *L. etſi, D. de reg. iur. L. pen. D. de in int. reſtit.* Quam ob cauſſam & hoc iusiurandum quibuſdam in cauſſis ex æquitate ita exigente receptum eſt.

IV. Receptum eſt autem alias de rebus, quæ amiſſæ dicuntur, nec amiſſæ probantur, ſimul & de earum rerum æſtimatione: alias de ſola æſtimatione rei petitæ, quam rem prius deberi aut præſtari debere convenit. Prius introductum eſt conſtitutione Zenonis adverſus eum, qui vi aliquem de poſſeſſione deiecit. *L. ſi quando, C. Unde vi.* Nam ſi is, qui deiectus eſt, quædam in ea vi ſibi erepta aut amiſſa, aut corrupta eſſe dicat, & damnum ad certam ſummam æſtimet; placet huic iuranti credi non ſolum de æſtimatione earum rerum quas prius fuiſſe, ac per vim amiſſas eſſe conſtabit; ſed etiam de ipſis rebus, numero, & conditione earum, quanvis 3 aut non doceat ſe prius habuiſſe, aut cum haberet, per eam cauſſam amiſiſſe: & in ſumma credi actori, ſe ad hanc aut illam ſummam damnum paſſum eſſe iuranti, & ut nunc loquimur, litem iureiurando tanti aut tanti æſtimanti: cum hoc tamen temperamento, ut iudex pro perſonarum & negotii qualitate taxet certam ſummam, quam actori iureiurando excedere non liceat, ut illic in commentariis ad illum titulum expoſuimus.

V. Alterum de æſtimatione ſcilicet rei petitæ, quam rem prius præſtari debere conſtat, iusiurandum in litem vetus eſt, ſolumque veteribus cognitum atque explicatum. Cui locus eſt in iudicio de re principaliter petita, adverſus eum, qui eam rem non præſtat dolo culpave, ut infra docebo. Hic prætereundum non eſt, duplicem æſtimationem adverſus fruſtratores reos actori conceſſam eſſe, in quam & iuratur, atque ex ea & de iureiurando in eam admittendo varie ſtatuitur. Interdum ob rem non præſtitam permittitur actori rem æſtimare pro arbitrio atque ex affectione, ut in hanc æſtimationem reus condemnetur. *L. 1. L. tutor, D. hoc tit.* Alias æſtimatur res ex vero, ſeu quanti eſt, ut non amplius ſententia iudicis præſtetur. *L. 2. §. 1. eod.* quæ & ſolemnis atque uſitata rerum æſtimandarum ratio eſt. *L. pretia, D. ad L. Falc. L. ſi ſervum, D. ad L. Aquil.*

VI. Hinc 4 duplex iuſiurandum de æſtimatione rei petitæ, de qua nunc agimus, natum eſt. Unum, quo iurat actor, quan-

3) Ubi ſtatur iuramento damnum paſſi, quia plerunque difficilis probationis modus & quantitas damni dati eiuſque facultas ipſius adverſarii facto prærepta. Modo tamen appareat damnum datum eſſe, quia hæc qualitas (ſcilicet generalis, quod vis facta ſit, quod res ablatæ) teſtibus probari debet, vid. Vaſq. 1. *Ill. Contr.* 36. *n.* 4. Mynſ. 4. *Obſ.* 12. *&* 5. *Obſ.* 71. Zobel. *Diff. iur. civ. & Sax.* 30. *p.* 1. *n.* 4. *&* 5. Ant. Fab. 18. *Err. Prag.* 8. Qui hoc iusiurandum Zenonianum vocat veteri iuriſprudentiæ ignotum. Eique ut locus ſit, requiri vult (1) ut non aliunde apparere poſſit, quid quantumve ablatum, vid. Plot. §. 2. *n.* 1. *& ſeqq.* (2) Odium violenti invaſoris. (3) Ut citra hoc res æſtimari nequeant, Mynſ. *d. Obſ.* 12. duo requirit: Probandi difficultatem & delictum adverſarii, ideoque heredi ſpeciali hoc non deferri, ſed hunc aliter probandum eſſe, ut tamen eius imperfectæ probationes iureiurando neceſſario ſuppleantur. In herede vero, ſi inſtructus ſit de damno, contra haud temere ſentit Coraſ. *ad L.* 5. *hoc tit. n.* 29. *in fin.* quia hic odium doloſi ſolum ſpectatur, nec lex minus affecta erga conſcientiam heredis; alias ſæpe totius litis commodo hic privaretur. Idem Mynſ. *d. Obſ.* 71. iuriiurando huic locum non eſſe, quando non contra ipſos raptores, ſed dominos dittinnum, qui deprædationis damnum ſarcire aliqua ex cauſſa tenentur (veluti mercatoribus ad nondinas proficiſcentibus) agitur, Plot. §. 2. *n.* 31. Koppen. *Deciſ.* 37. *n.* 13. Pleriſque Italiæ locis ſtatuta ut iuramento damnum paſſi credatur, Bargal. 3. *de Dolo* 14. *n.* 7. Cum autem ſtatutum diſponit, ſtandum eſſe iuramento pro plenaria probatione, non recipitur contraria probatio, quia ex illo, præſumptio iuris & de iure, ita Io. Ant. Trignna *Singul.* 55. Secus ſi ſimpliciter dicat ſtandum eſſe, ut citati a Rauchb. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 35. Conventionem quoque ut nudæ aſſertioni damnum paſſi ſtetur, valere ſentit poſt alios Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 29. *n.* 5. De quo vid. Io. Bapt. Plot. *h. Tr.* §. 47. Iure Saxonico hoc violentiæ caſu receptum iuramentum nuntionis vel minorationis. Soli enim iuramento aſſertioni ac æſtimationi actoris creditur, (modo res non eæ ſint quibus certa iure æſtimatio) ſine taxatione iudicis, niſi reus iuramento ſuo illam moderetur aut minuat, vid. Fachſ inter *Diff.* Zobel. 30. *P.* 1. *n.* 6. Beuſt. *ad Rubr. de iureiur. n.* 107. Coler. *de Proceſſ. exſec. in præfat. n.* 15. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 9. *tota*, ubi *n.* 26. *& ſeqq.* eius differentiam a iureiurando in litem percenſet. Quærit Duar. *ad h. t. D. n* 53. an pecunia in ſacculo depoſita, ſi is reſignatus reddatur deponenti & hic iurare velit pecuniam ſubtractam eſſe, credatur. Affirmantem æquiorem vocat, cumprimis ſi apud cauponem depoſitum. Inhumana enim eorum ſententia, qui res omnes ſacco incluſas cauponi patefaciendas eſſe, nec aliter illum teneri quam ſingularum recepta cuſtodia. Quippe & durum ad pandenda patrimonii ſecreta cogi, *L.* 2. *C. de alim. pup.* & periculi plenum. Modo tamen dolus cauponis ex conditione perſonarum aliiſve coniecturis pateat, qui ſola reſignatione non arguitur, quid enim ſi, hero inſcio, famulus ſignacula removerit? ita Duar. Convenit fere Beuſt. *ad Rub. D. de iureí. n.* 155. *& ſeqq.* Ac varios caſus hic diſtinguit Menoch. *Arb. Caſ.* 208. *n.* 26. *& ſeqq.* Io. Bapt. Plot. *de in lit. iur.* §. 10. *n.* 6. *& ſeqq.* Polydor. Ripa *de Nocturno tempore Cap.* 81.

4) Vulgo tres ſpecies ſtatuunt Zaſ. *ad Rub. D. hoc t. n.* 3. *& ſeqq.* Plot. *h. Tr.* §. 52. *n.* 3. Menoch. *Arb. Caſ.* 207. *n.* 2. Beuſt. *ad Rub. D. de iureí. n.* 142. Forſt. *de Iuriſd. Rom. P.* 2. *lege Numa.* 3. *n.* 135. (1) Affectionis ad rem, de quo *Cap. ſeq.* (2) Affectionis extra rem, intereſſe ſingularis, de quo *L.* 3. *hoc tit. & infra C.* 9. *N.* 7. (3) Veritatis, quod intereſſe vulgare perſequitur, ut *infra Cap.* 10. Sane Zaſ. *d. loc.* medium veritatis, & poſtremum æſtimationis nuncupat. Sed Coraſ. affectionis, ut *not. C. ſeq. N.* 1. aſt A. Fab. veritatis iuramentum negat ut *C.* 10. *N.* 1. At quæ intereſſe ſingularis dicitur, diſtinctam ſpeciem non eſſe oſtendit, Borch. *h. tit. Cap.* 2. *n.* 15.

quanti rem æſtimet ex affectione, quod ſæpe pretium excedit. *d. L.* 1. Alterum, quo iurat, quanti ſua vere interſit. *d. L.* 2. §. 1. *L.* 5. in fin. Quæ genera ita notantur a veteribus, ut prius vocetur iuſiurandum, quanti in litem iuratum eſt: poſterius id, quo iuratur, quanti res eſt, ſeu quanti intereſt, quibus verbis vera æſtimatio ſignificatur *d. L.* 2. in fin. *L. tutor*. Genera ob eam cauſſam ita diſtincta, ut hæc ab illis tanquam contraria ſtatuantur. *d. L. tutor*, & *L. non a iudice*, *D. de iudic.* Utrumque tamen in litem; nam etsi maxime ac præcipue dicitur in litem, ubi actor pro arbitrio pretium æſtimat, ut ſæpe per autonomaſiam ita dicitur, ut in *L.* 1. *L.* 5. *L. vulgo*, *hoc tit.* tamen nihilominus, & alterum in litem dicitur, quia eſt in litis æſtimationem. *L. in actionibus*, 5. verſ. *plane*, & *L.* ſeq. *hic*. Prius affectionis, alterum veritatis vulgo nominant. Atque ut eſt iſta æſtimatio, ita etiam varie utrumque admittitur. Priori illi iuriiurando ſive æſtimationi, quæ ex arbitrio & affectione actoris pendet; quia gravior eſt, ei, non ſemper locus eſſe ſolet, ut poſteriori, quæ veritatem continet. Sed nunc de ſingulis dicamus explicatius, ac plenius: & de priori prius, quod etiam per excellentiam iuſiurandum in litem dicitur.

C A P. V I I.

Cui iuſiurandum in litem deferri poſſit, aut non poſſit?

In litem iurat verus & ſolus litis ſive rei dominus. I.
Non tamen impubes, ſive pupillus, ſive filiusfamilias; & quare. II.
Secus ſi ſit adoleſcens, & velit iurare. III.
Quare furioſus, mente captus, prodigus, & infans hic ſilentio præteriti. IV.
Tutores & curatores in pupilli & minoris cauſſa poſſunt in litem iurare, ſi velint. V.
Contrariis occurritur. VI.

I. IAm primum conſtat Iuſiurandum [1] hoc rei non eſſe, ſed ſolius actoris. *L.* 2. §. 1. *L.* 5. in fin. *hoc tit.* comparatum videlicet ad ſublevandum actorem adverſus iniuriam rei, qui rem debitam non præſtat, ne actor una cum re, quæ negatur, etiam de æſtimatione ipſa in dubium veniat. Sed ne forte actorem hic intelligamus, qui agere poteſt, ſeu qui extra iudicium quid petat, res ita definita eſt a veteribus, ut dicerent, alium in litem non debere iurare, quam dominum litis. *L. vulgo*, *h. tit.* Is autem dominus litis intelligitur, qui iudicio egit, & litem conteſtatus eſt. *L. procuratoribus*, *L. nulla*, *C. de proc.* Sed additur amplius in *d. L. vulgo*, ut is ſolus poſſit iurare, qui litem ſuo nomine conteſtatus eſt: quibus verbis removetur aperte [2] procurator: licet dominus ſit poſt litem conteſtatam. *dd. LL* Verum dominum hic requirimus, qui ſcilicet re & effectu dominus ſit per omnia. Et ratio eſt, quia etſi adverſus reum lis iuſte æſtimanda eſt iureiurando: tamen eum falſa aut dubia æſtimatione lædi non oportet: quæcunque autem æſtimatio hic exigetur, ea certa non eſt procuratori. Si de vera æſtimatione rei agitur; non ita vires rei ei notæ eſſe poſſunt, aut certe ſolent, ut domino. Si quæritur de domini affectione, hæc vero ſoli domino cognita eſſe poteſt.

II. Sed nec omni domino hoc iuſiurandum deferri placet. Iudicium, quod ſatis ſit ad rem æſtimandam, in actore requi-

1) Coraſ. 6. *Miſ.* 1. *&* 2. *&* *ad L.* 5. *h. t. n.* 8. unicum eſſe vult iuſiurandum in litem, & nullum affectionis. (1) Quia nuſquam habetur æſtimationem creſcere ex affectione, cum LL. negent pretia ex affectu æſtimari. (2) Si occiſo vel ſubrepto ſervo affectionis ratio non habetur, *L.* 33. *pr. ad L. Aquil.* minus ob contumaciam delictum levius. (3) Hoc iuſiurandum defertur ratione intereſſe pecuniari, quod in affectione non conſiſtit. (4) Hic iuratur, quanti interſit, *L.* 3. *L. pen. h. t.* quo utilitas venit, non affectio. Et utilitatis itaque rectius dicetur, Quod vero hic contumacia puniatur, id in eo quod actor non probare tenetur, quid ſua interſit, ſed ſuo iureiurando iudex ipſe ſibi afferit. Et ultra verum pretium licite iurat, *L.* 2. *hoc tit.* ſi nempe pluris interſit, non autem ex affectione, &c. ita Coraſ. cui aſſentitur Marc. Lycklama *ad L. vinum* 22. *de reb. cred. n.* 81. ſatis occurrit Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 16. *& ſeqq.* ex quo pleraque ad verbum tranſcripſit Setſer. *Lib.* 5. *de Iuram. C.* 2. *n.* 91. *& ſeqq.*

2) Excipiunt, niſi habeat ad hoc ſpeciale mandatum, Plot. *h. Tr.* §. 32 *n.* 5. Quod errore obtinet, non ratione. Vulgo notant iuramentum hoc non deferri ignoranti, ſed recte inſtructo, vid. Plot. *h. Tr.* §. 50. *n.* 5. *&* 6. Ideoque nec heredibus niſi veriſimiliter informatis, vid. Coraſ. *ad L.* 5. *D. h. t. n.* 29. & Plot. *d.* §. 32. *n.* 6. Io. Bapt. Coſta *de Facti ſcient. & ignor. Cent.* 1. *diſt.* 99. Attamen ſi defuncto oblatum, dum viveret, id pro præſtito haberi, ut mors ſit loco iuramenti, notat Gail. 2. *Obſ.* 43.

requirimus. Hinc quæſitum de minoribus 25. annis, quorum etſi aliquod iudicium eſt de rebus, nondum tamen ſatis certum eſt, & firmum propter ætatem. *L. 1. D. de minor.* Et exceptus eſt impubes, etiam qui tutore auctore ſuo nomine egerit, ut poteſt *L. 2. C. qui leg. perſ. ſtan. in iud. hab.* & ita Ulpianus in *L. videamus*, 4. *hoc tit. pupillus, ſi impubes eſt, non poteſt in litem iurare*, inquit. Addit, *qui impubes eſt*, non ſupervacaneo: ne quis forte de eo, qui olim pupillus fuit, acciperet: ut interdum conſtat pupillum & tutorem [illegible] [3] appellari eum qui pupillus, aut tutor fuit: cum de re ad priorem tutelam pertinente agitur. *L. ſi tutor poſt. L. cum pupillus, D. de tut. & rat. diſtr.* Et definitio ſuperior de omni impubere intelligenda eſt, etiam filiofamilias, ſi quando contingat hunc ſuo nomine agere ac litem conteſtari, ut poterat olim [4] cum ei hereditas matris acquirebatur etiam Ulpiani temporibus. *L. pen. D. ad S. C. Tertull.* ut hodie adventitia omnia. *L. ult. C. de bon. quæ lib.* Si impubes ex his bonis quid perſequatur iudicio, ut maxime litem ſuo nomine conteſtatus ſit, quod patre conſentiente poteſt, ut & ad conſentiendum pater cogitur. *d. L. ult.* §. 1. in fin. tamen ne ſic quidem in litem iurare poterit, quanvis genus actionis hoc iuſiurandum admittat, ut quia in rem agatur, aut ad exhibendum. *L. 5. hoc tit.* Ætati enim hoc denegatur, non ſtatui perſonæ: & ætati propter inopiam iudicii. Atqui de tota lite iurare pupillus poteſt, & ſervandum eſt iuſiurandum. *L. qui iuraſſe, D. de iureiur. car.* & in litem iurare non poſſit? quia prius fit deferente adverſario, eoque & volente, nec aliter impuberis iuſiurandum valet. Volenti non fit iniuria. *L. nemo videtur, de reg. iur.* At iuſiurandum in litem a iudice defertur, invito adverſario; ut hic ſi deferatur; ſpeciem quandam iniuriæ habeat. Hæc de impuberibus.

III. *Adoleſcens vero in litem iurare poteſt*, inquit Ulpianus quia ſcilicet iudicii plus eſt in ea ætate, & intelligentia tanta, ut aliorum monitu de rebus communibus earumque æſtimatione poſſit iudicare: quare & teſtamentum facere adoleſcentibus licet, & obligantur, ſi non habeant curatores. *L. qua ætate, D. qui teſt. fac. L. 3. C. de in integ. reſt.* Sed addit Ulpianus, [5] *ſi velit*, ſi igitur nolit, non eſt cogendus, de quo infra ubi de neceſſitate iuriſiurandi huius ſuſcipiendi diſſeretur.

IV. De furioſo, mente capto, prodigo, infante nihil hoc titulo Digeſtorum cautum legimus: quia ſcilicet & ſupervacuum fuit monere, hos in litem iurare non poſſe: cum conſtet omnes mente aut iudicio carere, & ut alia negocia gerere non poſſunt, ſic multo minus iudicio agere. *L. in negociis, L. furioſi, de reg. iur.* Prodigum etiam metus colluſionis & profundendæ actionis furioſo ſimilem facit. *L. his qui*, in fin. *D. de tut. & cur. fur.* Ita ex his, qui ſunt domini, & litem ſuo nomine conteſtati ſunt, ſolus excipitur impubes, qui in litem iurare non poſſit: cæteris hoc conceditur: qui litem ſuo nomine conteſtati non ſunt, quanvis domini litis effecti ſuperior definitio ab hoc iureiurando excludit.

V. Hinc quæſitum de tutelari cauſſa in *d. L. videamus*, 4. *hoc tit.* Tutelaris cauſſa ibi dicitur [6] non, qua pupillus adverſus tutorem agit tutelæ; non ſolum, quod conſtante tutela ea agi non poſſit. *L. ſi ſuſta, D. de tut. & rat. diſtr.* ſed etiam quia in ea actione tutor reus eſt, & non ipſe iuraret in litem, ut illic proponitur, ſed adverſus eum iuraretur ab actore: ſed tutelaris cauſſa intelligenda eſt, quæ exercitione quidem eſt tutoris, ad tutelam tamen, ſeu ad rationem & adminiſtrationem tutelarem pertinet: quod ita ſit, ſi pupilli quidem cauſſa ſit emolumento, ſed quam tutor, ut tutor, id eſt pro ratione officii & tutelæ exerceat, idque ex perſona ſua, dum agit & rem in iudicium deducit, quod poteſt. *L. 1. §. ult. L. vulgo, D de admin. tut.* Finge ergo tutorem, rem aliquam pupilli depoſitam repetere, aut rem pupilli vindicare, & per contumaciam rem non reſtitui, ut ob id lis iureiurando æſtimanda ſit adverſus contumacem. Quis in litem iurabit? non pupillus, ut ſupra effectum eſt: non etiam pupilli mater, ut ibi ſcriptum eſt: non quod propter filium in immenſum iuratura ſit, ut Accurſius putat:

 Y 2

3) Ita & Borch. *h. Tr. C.* 3. *n.* 9. Sed mihi ea ratio probatur, quia aliquando pupillus dicitur adoleſcens, qui curatorem habet, vid. *not. ſupra Lib.* 3. *C.* 21. *N.* 2. Aliter Goed. *ad L.* 1. *de V. S. n.* 17. accipiens, *ſi* pro *quia*.

4) Sed vid. *not. ſupra Lib.* 9. *C.* 2. *N.* 2. *initio & C.* 5. *N.* 11. *&* 12.

5) Etſi enim & hic curatoris ſui conſenſu in iudicio experiatur, ita tamen, ut ipſe potius quam curator agere videatur, Borch. *hoc tit.* C. 3. *n* 23.

6) Aliter Duar. *hoc tit. n.* 10. ita ſcilicet: Tutelaris hic non eſt quævis pupillaris, quaſi in omni pupillari cauſſa, etſi ex ſtipulatione agatur, poſſit iurari in litem, ſed actio tutelæ; qua nempe tutor nomine pupilli agit contra contutorem remotum vel excuſatum.

Digitized by Google

tat: alioqui nec actori ipſi iurare permitteretur in cauſſa ſua; ſed quia mater quæ tutrix non eſt, in cauſſa filii nec domina eſt litis, nec pro domina habetur, & nemo niſi dominus in litem iurare poteſt, ne vel domino iniuria fiat, ſi minoris res æſtimetur, quam ex ſenſu domini, vel reo, ſi pluris. Reſtat tutor: ſed & hic dominus non eſt; idemque & de curatore quæritur in cauſſa adoleſcentis. De utroque tamen Ulpianus ſtatuit in *d.* §. 1. ſi judicium inter ipſos (ſupple & alios, cum quibus iudicium intercedit) acceptum ſit, & pro affectu erga minores ſuos hoc iuſiurandum ſuſcipere non recuſent, ius non obſtare, quo minus judicium hoc modo finem accipiat, id eſt, quominus illi ita iurent, ut cum iuraverint, iudex ſequi iuſiurandum & tanti reum condemnare debeat.

VI. At tutor dominus non eſt, ſed iure pro domino habetur, cum tutelam adminiſtrat, *L. tutor qui tutelam, D. de adm. tut. L. qui fundum, §. ſi tutor, D. pro empt. L. interdum qui, D. de fur.* Idemque de curatore dicendum eſt, quem placet pro poteſtate non minus rem adoleſcentis in iudicium deducere. *L.* 1. §. *ult. D. de adm. tut.* At illud certe iniquum eſt, iurare ipſos de utilitate ſua, cum domini non ſint; in hoc autem iureiurando de utilitate iurantis agatur, non de aliena. Huic obiectioni occurrit Ulpianus ſub finem *d.* §. 1. *non enim*, inquit, *ad ſuam utilitatem iuriſiurandi referenda æſtimatio eſt, ſed ad domini*, [7] *cuius nomine tutelæ ratio poſtuletur:* quaſi dicat, quatenus tutelæ ratio patitur: at ratio tutelæ, quam quandoque finita tutela tutor reddere cogitur, poſtulatur nomine domini, & ideo huius ſolius utilitatem continet: ſed iurabunt iſti in cauſſa minorum ſuorum, ſi volent: *grave enim videri*, inquit, *invitos ſub alieni compendii emolumento etiam anceps periurium ſubire;* anceps, ut in re ſcilicet non ſatis illis perſpecta. Iurant illi quidem in cauſſa pupilli aut adoleſcentis de calumnia, *L.* 2. §. *quod obſervari, C. de iur. prop. cal. dan.* Sed ideo, quia de calumnia ſua iurant, re ſibi comperta; ſed & interdum in cauſſa minorum de re etiam ipſa controverſa iurare coguntur; verum hoc quoque ita, ſi agatur de re probe illis cognita; puta de fideicommiſſo ab ipſis relicto: quod non magis ignorare poſſunt teſtamento relictum, quam ſe tutores datos, ut eſt ſpecies *L.* 5. *C. de reb. cred.* Cæterum de re ignota, & facto alieno iurare ne in cauſſa quidem propria quiſquam cogendus eſt. *L. Marcellus, §. iurare, D. rer. amot.*

CAP.

7) Ut ſic iuret, quod ſi ipſe pupilli loco eſſet, rem tanti ex affectione æſtimaret, Bort. *ad d. L.* 4. *pr. n.* 6. Quare etſi mater pupilli, non admittenda, *d. L.* 4. *pr,* ut mater, quia ſcilicet litis domina non eſt; quando tamen tutelam liberorum gerit, admittenda ut tutrix, Borch. *p.* 1. C. 3. *n.* 58. *& ſeq.*

C A P. VIII.

Quibus in actionibus iuſiurandum in litem actori deferatur.

Iuratur in litem in tribus actionum generibus 1. in actionibus in rem, & quidem omnibus. I.
2. In quacunque ad exhibendum actione. II.
3. In iis bonæ fidei actionibus, in quibus de reſtituenda re agitur. III.
Secus in iis, in quibus agitur de re tum primo præſtanda. IV.
Contrariis occurritur. V.
Sed & in aliis iuratur in litem actionibus quæ ſunt ſimiles enumeratis; quæ eiuſmodi. VI.
Ratio. VII.
An actiones, quæ ſtricti iuris appellantur, hoc iuſiurandum admittant: quo in loco de his auctor. VIII.

I. TRia actionum genera Marcianus in *L. 5. D. hoc tit.* notat, in quibus in litem iuretur, actiones in rem, ad exhibendum, & bonæ fidei. De quibus ſingillatim exponendum eſt. Actiones in rem ſunt non tantum quibus rem noſtram vindicamus; ſed ſunt & quibus perſequimur rem non noſtram, ut [1] Publiciana de rebus ex iuſta cauſſa & bona fide poſſeſſis, §. *namque, Inſt. de act.* & hypothecaria de rebus nobis pignori obligatis, §. *item ſerviana, Inſt. eod.* & aliæ complures, de quibus agitur a §. 1. *uſque ad* §. *in perſonam*, 16. *eod.* De rei [2] vindicatione, quæ domino competit, inter omnes convenit, in hac adverſus eum, qui dolo non reſtituit, in litem iurari. *L. qui reſtituere, D. de re. vindic.* De cæteris dubitatur, ideo, quia ut in litem iuretur duæ adferantur cauſſæ cum alibi, tum præcipue in *L. tutor, D. hoc tit.* & quod contumacia punienda ſit non reſtituentis rei, cauſſa omnium in rem actionum communis; & quod arbitrio potius domini rei pretium ſtatuendum ſit: de quibus cauſſis poſtea. At in cæteris actionibus ceſſat ratio poſterior. Marcianus tamen & in his in litem iurari ſatis aperte demonſtrat, cum appellat actiones in rem, non actionem in rem, puta rei vindicationem. Et ita eſt omnino, in omnibus in litem iurari. De [3] Hypothecaria enim

1) Conſentit Coraſ. *in L. 5. h. t. n.* 16. & Bronch. *h. t. C. 4. n.* 25. Uterque per *L. 7. §. 8. de Public. in rem*. Et Ant. Fab. 16. *Coniect.* 16. *&* 20, quia ad exemplum & in ſubſidium vindicationis inducta, eoque colore datur, quaſi actor uſuceperit.

2) Item petitione hereditatis, *L.* 25. §. 10. *de petit. her.* Coraſ. *ad L. 5. hoc titul. n.* 16. Menoch. *Arb. Caſ.* 207. *n.* 15. Plot. *h. Tr.* §. 14. Borch. *hoc tit. Cap. 4. n.* 8. actione confeſſoria, *L. 7. in fin. Si ſerv. vind.* Menoch. *d. loc.* n. 18. & Borch. *n.* 11. negatoria. Nam etſi hic reſtitutio vel exhibitio rei non petatur, tamen ſicuti in confeſſoria non ſolum ob rem non præſtitam, ſi adverſarius non patiatur me uti ſervitute, ſed & ob cautionem iniunctam non præſtitam in litem iuratur, *d. L.* 7. ita & hic Menoch. 1. *Arb. Q.* 5. *n.* 21. Borch. *d. Cap.* 4. *n.* 14. Coraſ. *ad d. L. 5. n.* 16. Duar. *h. t. n.* 1. ac *contra*, & alios defendit Ciſner. *ad L. 15. de op. nov. nunc. p.* 123. *& ſeqq.*

3) Borch. *hoc tit. Cap. 4. n.* 19. Menoch. *Arb. Caſ.* 207. *n.* 21. Hortenſ. *ad d. L.* 16. §. 3. *&* §. 6. Sed hæc ita, ſi contra tertium poſſeſſorem agatur, ubi iurari ſic poteſt in ampliorem ſummam, quam eſt debitum, cuius nomine pignus obligatum *d. L.* §. 3. *d.* 21. §. *ult.* Nam quod in domino eſt non cogi rem ſuam iuſto pretio vendere: id in creditore, non cogi pignus iuſta æſtimatione, quanti ſcilicet intereſt, diſtrahere, ne & contumacia reo impunis ſit, Hortenſ. *ad d.* §. 3. Secus ſi contra ipſum debitorem, ubi non æſtimatio pluris, quam quanti intereſt, ſeu debetur, *d. L.* 21. §. *ult.* ubi ratio differentiæ quam explicat Hortenſ. *ad d. L.* 16. §. 6. Faceſſant vero novationes Anton. Fabri 16. *Coniect.* 15. *& ſeqq. ac* 18. *Err. Prag.* 1. qui & iuſiurandum hoc hypothecariæ denegat & *d.* §. verſic. *ſi vero dolo uſque ad fi.* pro Triboniani emblemate inepto venditat. In hypothecaria ait, nunquam neque æquitas rei ſuæ non vendendæ, (cum dominus non ſit creditor, nec pignus rei ſuæ conſiſtat) neque neceſſitas iuris quaſi ſine iureiurando res æſtimari nequeat, iuſiurandum hoc expoſcit. Quia creditor indemnis ſervatur, ſi conſequatur quod intereſt. Licet id aliter æſtimatur, ut eſt *L. 21. §. ult. de pign.* contra debitorem, ex quantitate ſcilicet debita, computatis ſumptibus in litem factis: pluris enim intereſſe nequit. Nec contumacia ſola æſtimatur ſine re propria, in qua quis reſtituenda contumax: Aliter contra poſſeſſorem alium, quanti res eſt. Nam quod plus eſt in rei pretio quam in debito, reſtituit debitori, ſi creditor pignus vendiderit, *L.* 24. §. 2. *de pig. act.* ſive lis per iudicem æſtimata, quia & hic ſpecies venditionis. Pluris itaque intereſt contra poſſeſſorem, *d. §. ult.* non propter iuſiurandum in litem, ſed rem ipſam obligatam, ut quod in pretio eius excedit debitum, debitori pigneratitia agenti reſtituere poſſit. Cuius æſtimatio, quia res exſtat, quæ poſſidetur, fieri poteſt citra iuſiurandum. Deinde in *d. §. ult.* non diſtinguit inter poſſeſſorem qui in culpa & qui in dolo: diſtingueretur autem, ſi de iureiurando in litem ageretur. Denique ibi creditor conteſtatur litem ſuo nomine, ſed ſupra quantitatem debitam, quia creditor non eſt, habetur Procurator debitoris: ergo per *L. 7. h. t.* Hæc ſumma eſt obiectorum a Fabro. Qui & *d. C.* 15. *ſub fin.* ineptam eſſe rationem, *d. §. 3. in* verſic. *Nam ſi tanti*. Quid enim, inquit, an non prodeſt in rem actio, etſi tantundem, non amplius quam perſonalis perſequatur, ſi debitor inops ſi alii ipſi creditores: qui ſi in perſonam ageretur, ob prælationis iura quædam potiores eſſent, &c. Sed hæc nimiopere nos non moveant. Nam etſi *d. L.* 16 §. 3. non exſtaret, non aliud de hypothecaria nobis ſtatuendum foret, tum per *L. 68. de R. V. in fin.* quam æque ſane Triboniano adſcribit Faber, ſed nullo merito, tum per *L. 5. pr. h. t.* ubi verba generalia hypothecariam quoque continent. Sed excipit Faber, ea ſic accipi debere, modo ob id actiones in rem proponantur, ne dominus re ſua careat. Nam & bonæ fidei iudicia generaliter ibi dici,

Digitized by Google

enim id expreſſum eſt in *L. ſi fundus*, *§. in vindicatione*, & in *L. ſi inter*, *§. ult. D. de pignor. & hyp.* Multo ergo magis idem probandum in aliis, in [4] quibus tanquam domini quidam rem vindicamus, eoque ipſo plus iuris habemus. Ne nos moveat, quod in his omnibus res petitoris non eſt: nam nihilominus ad ius, poſſeſſionemque eius pertinet: cuius iuris quaſi dominus eſſet, ita eius pretium æquum eſt itidem illius arbitrio ſtatui.

II. De actionibus ad exhibendum generaliter etiam accipere debemus, ut in his omnibus adverſus eum, qui dolo non exhibet, iuretur in litem, non tantum tunc cum quis ſe dominum eſſe dicit, ſed etiam eum qualicunque actione acturus eſt, ad quam aditum parat ad exhibendum actio. Idque aperte indicat Ulpianus in *L. 3. D. ad exhib.* coniuncto *§. 1. cum*, *§. præterea*, & *§. eſt autem*. Hoc eo dicimus, quia ſi quis vindicaturus ad exhibendum agat, ſunt qui huic iuſiurandum in litem deferri debere non [5] dubitent, quia ſe dominum dicat: in cæteris actionibus non putent, quia hoc ſtatuant pretium domini ſolum arbitrio ſtatuendum. Sed ſi in actionibus in rem hoc recte diceretur, in quibus ex diverſis cauſſis & iure tam diſſimilibus agitur: attamen in actione ad exhibendum dici non poteſt: quia in omnibus huius generis una petitio eſt eiuſdem æquitatis, & una cauſſa omnium communis, ut res exhibeatur, tantum ideo, quia agentis intereſt. *L. 3. §. ſciendum. L. pen. D. ad exhib.* Iam vero ne in actionibus quidem in rem hoc recipitur, ut non aliis, quam dominis rem ſuam vindicantibus hoc iuſiurandum deferatur: defertur enim & creditori pignus vindicanti, ut ſupra dictum. Quod ſi ea ratio valeret, ut non alii, quam domino, deferendum putaremus, etiam in actione ad exhibendum prorſus locum non haberet: neque enim quiſquam in hac actione ideo vincit ſibi rem exhiberi debere, quia ſit dominus; ſed quia ſolum ſe dominum dicat: hoc enim intendere ſatis eſt, probare non eſt neceſſe. *d. L. 3. §. 1. §. ſciendum, ad exhib.* At in omni actione ad exhibendum perſequitur actor aliquid ſuum; nempe uſum & copiam rei, de qua quæritur, ſeu rei videndæ cognoſcendæque facultatem, quam & ipſa lex omnium, quorum intereſt, propriam eſſe voluit. Merito igitur & hæc ipſa copia ac facultas arbitrio petitoris tanquam cuiuſdam domini æſtimanda eſt.

III. Nunc de actionibus bonæ fidei videamus. Et etiamne hic, in omnibus, ut prius in actionibus in rem, & ad exhibendum fieri diximus, in litem iurabitur? Placet in his Azonis, Fulgoſii, [6] Duareni diſtinctio, ut ſiquidem agatur de re nobis reſtituenda, quæ prius a nobis profecta ſit, & tradita, ius noſtrum non mutarit, ibi in litem iurari poſſit, re non reſtituta. Sin autem agatur de re aliena, nunc primum nobis præſtanda, ibi in litem non iuretur. Et ideo ſemper conſtitit in his actionibus bonæ fidei in litem iurari poſſe: in commodato. *L. 3.*

§. in

ci, nec alia tamen denotari, quam quibus reſtitutio rei ſuæ petitur, ut *infra h. C. N. 6.* Verum ſeipſum Faber ferit. Nam etſi hypothecariam intentans rem ſeu corpus ſuum non dicat: ius tamen in eo ſibi ſuum reale aſſerit, eiuſque quaſi dominium vindicat. Et æquitas rei ſuæ invito non vendendæ hic quoque locum habet, eaque ipſa in *d. §. 3.* verſ. *Nam ſi tanti*, ſignificatur, ut recte Hortenſ. *ibid.* Neque ad caſus inopiæ aut concurſus creditorum accidentarios hic reſpici debet. Quin ea mens eſt Iuriſconſulti: etiam cum ſolvendo debitor, nec in ære multorum alieno, exitum alium eſſe debere actionis in rem, reo poſſeſſore contumace, quam qui foret in actionibus in perſonam, debitore contumace. Dices ex Fabro *d. C. 15. in fin.* Pignoris finis eſt ſecuritas crediti, non ut augeatur condemnatio. Reſp. ex *L. 1. h. t.* creſcit condemnatio ex contumacia non reſtituentis. Sicuti & dici poteſt dominium in id haberi, ut rem tenere eaque frui, &c. liceat. Quin merito creditori iuſiurandum hoc defertur, ut debitore pigneratitia agente, magis ipſi proſpectum ſit. Cum enim huic reddat, quod amplius debito conſecutus eſt, *d. L.* ar *§. ult.* quod lucrum ex pignoris occaſione natum retineri nequeat: *L. 54. de furt.* arg. *L. 17 §. 3. de R. V.* non eſt verendum facile ne immodice iuret, quippe cum ea res lucro ſuo, modo pigneratitia poſtea agat debitor, non ceſſura ſit. Quod ſi ſolum pignus, citra iuſiurandum æſtimaretur quanti vere eſt, & ita quod in pretio excedit, debitum præſtaretur creditori quo iſtud deinde redderet debitori, cauſſari hic poſtea poſſet, rem minoris quam ſit, æſtimatam eſſe: id ſibi fraudi eſſe non debere: cum alia utique ſit ratio eius venditionis pignoris, ad quam multis ſolemnitatibus præviis pervenitur; alia huius, quæ ex litis æſtimatione inducitur. Non diſtinguit *d. §. ult.* inter dolum & culpam. Sed generaliter dicit maiorem æſtimationem fieri adverſus alios poſſeſſores. Et indiſtincte ea maior: alia tamen ex culpa, alia ex dolo: quod aliunde petendum, & textus unus ex aliis ſupplendus. Poſtremum quod creditor (vel aliqua etiam ratione) hypothecariam intentando ſit Procurator debitoris, in eo quod pretium rei excedit creditum, falſum eſt, nec lege ulla probatur. Sophiſtica enim ratio Fabri, æquivocatione ludens: in ſuperfluo eo creditor non eſt. Ergo Procurator. Non eſt creditor quoad obligationem perſonalem, eſt autem quoad ius pignoris ſeſe, ipſi in tota ea re tributum. Piget plura.

4) Conſentit Plotus §. 24. *n.* 5. Burch. *d. C.* 4. *n.* 26. idem ſtatuens in reſciſſoria & Pauliana. Quin & in Serviana *ibid. n.* 23. De Faviana idem tradit Plot. *d. §.* 24. *num.* 7.

5) Duar. *hoc tit. n.* 10. *&* 11. ita reſtringens, cum ab eo intenditur, qui non aliter vindicare poteſt, ubi ſi vera litis æſtimatione ſoluta liberaretur reus: æque cogeretur actor ei rem ſuo pretio addicere, & Coraſ. *ad L. 5. h. t. n.* 17. ac Ant. Fab. 16. *Coniect.* 15. *p.* 347. quod hoc iuſiurandum nunquam detur ad id tantum, quod intereſt, æſtimandum, ſi non præterea res aliqua præſtanda & æſtimanda ſit. Sed recte Donellus. Et ita indiſtincte Menoch. *Ca.* 207. *n.* 18. Borch. *h. t. C.* 4. *n.* 34. Iurandum vero hic, non quanti ex affectu æſtimetur res ipſa, quæ exhiberi petitur; ſed quanti æſtimet damnum, quod exhibitione negata oritur.

6) Duar. *ad hunc tit. n.* 21. *& ſeqq.* Coraſ. *ad L. 5. h. tit. n.* 18. *& ſeqq.* Borch. *h. t. C.* 4. *n.* 69. *& ſeqq.* Anton. Fab. 6. *Coniect.* 17. *ac* 16. *Coniect.* 15. *&* 17. *Error. Prag.* 7.

§. *in hac*, *D. comm.* in depoſito, *L.* 1. §. *in depoſiti*, *D. depoſ.* in locatione, eum res locata non reſtituitur. *L. ſi cui locaverim*, §. 1. *D. loc.* in rei uxoriæ actione, ſeu in actione ex ſtipulatu de re dotali reſtituenda. *L. ſi filiofamilias*, §. 1. *D. ſol. matr.* in actione tutelæ, eum res ſuas pupillus a tutore repetit. *L. tutor*, *D. hoc. tit.* ſcilicet, quia in his omnibus de re, quæ a nobis profecta eſt, reſtituenda agitur.

IV. At in actione ex empto, qua actione rem alienam petimus, utpote venditam, quæ nondum tradita venditoris manet, quam eandem a nobis non profectam conſtat, placet non aliam condemnationem eſſe adverſus venditorem, quanvis procacia rem non tradentem, quam in id, quod intereſt. Sic enim ſcriptum eſt in *L.* 4. *C. de act. empt.* Ut in hac procacia non tradentis venditoris iudex curare debeat tantum in condemnationem deduci, quanti intereſt compleri emptionem: pugnant enim hæc inter ſe, quanti ea res eſt, ſeu quanti intereſt, & quanti litem iuratum eſt, condemnari. *L.* 2. *L. tutor*, *D. hoc titul. L. non ab iudice*, *D. de iudic.* Et merito in hoc genere actionis [7] non admittitur iuſiurandum in litem. Illud enim tenendum eſt, non alias æquum eſſe rem arbitrio petitoris æſtimari, quam cum rei dominus eſt, aut, quod huic proximum eſt, rem ſui iuris, ſeu ad ius ſuum pertinentem perſequitur, ut ante diximus. *L. tutor*, *h. tit. L. ſi filiofam.* §. 1. *D. ſol. matr. L. non enim*, *D. rer. am.* Emptor autem ut rei venditæ dominus non eſt; ſic nec res ad ius poſſeſſionemve eius pertinet. *L. qui ſibi*, *C. de her. vel act. vend.*

V. Sed verba Marciani, & alia quædam nobis opponuntur. Marcianus enim in [8] *d. L.* 5. generaliter definit, iurari in litem in bonæ fidei iudiciis: ſicut in actionibus in rem & ad exhibendum, in quibus nos omnibus in litem iurari ſupra probavimus. Accedit huc Ulpiani definitio apertior in *L.* 3. §. *in hac*, *D.* comm. *In hac actione* (commodati) *ſicut in ceteris*, inquit, *bonæ fidei iudiciis*, *ſimiliter in litem iurabitur*. Cæterorum verbo omnia reliqua eiuſdem generis intelliguntur. Sed non debent hæc nos a ſuperiori ſententia demovere. Nam Marcianus plurali numero locutus eſt, in bonæ fidei iudiciis: pluralem locutionem etiam duorum numero contentam eſſe ſcimus. *L. ubi*, *D. de teſt.* Poteſt & de omnibus ea oratio accipi: ſed non convenit rationi, ut hic ita accipiatur: at convenit in actionibus in rem, & ad exhibendum; & ideo ſic interpretati ſumus Marciani de iis verba, non tamen ex verborum ſeſu, ſed ex ratione, & aliis locis iuris; nam ſi in hypothecaria actione in litem iuratur, ratio poſtulat ut iuretur in cæteris in rem omnibus. Idemque & de actione ad exhibendum ratione collegimus. At non item ratio patitur, ut iuretur in litem in omnibus bonæ fidei iudiciis, ut oſtendi. Quod ait Ulpianus in *d. L.* 3. §. *in hac*, iurari in litem in commodato, *ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis*; ſi hoc tantum dixiſſet, magis locus adverſaretur. Sed addit, *ſimiliter*, id eſt, ſimilibus in cauſſis, & ſimilibus conditionibus, quibus in cæteris in litem iuratur; quod ita fit, ſi quid a nobis profectum repetamus, ut ante demonſtratum.

VI. Sed quæritur an præter illa tria actionum genera, a Marciano enumerata, etiam in aliis in litem iurari poſſit? non enim videtur. Habet hoc certarum ſpecierum enumeratio, ut qui nominatim certas appellavit, in quibus aliquid concederet, hoc ipſo intelligatur de cæteris non ſenſiſſe *L. cum de lanionis*, §. *cui fundum*, *D. de Inſt. & Inſt. leg. L. maritus*,

7) Ita contra DD. veteres Duar. *hoc tit. n.* 21. *& ſeqq. & in poſterioriб. Comm. Cap.* 3. Coraſ. *ad L.* 8. *hoc tit. n.* 19. Borch. *hoc tit. n.* 70. Bronch. 2. *Enant.* 32. Ant. Fab. 17. *Err. Prag.* 9. Quia nec in toto tractatu emptionum per titulos multos, ulla huius iuriſiurandi mentio, cum de iis actionibus, quibus res ſua repetitur, fere in ſpecie hoc proditum ſit. Et quia hic non de rei ſuæ repetitione, ſed ad traditionem alienæ agitur, ceſſat ratio deferendi, quæ *L.* 8. *hoc t.* ut *C. ſeq. N.* 5.

8) Ad *d. L.* 5. reſp. Duar. *hoc tit. n.* 25. Sicuti cum dicitur in bonæ fidei actione ex mora fructus & uſuras deberi, non hic ſenſus, quaſi nulla ſit actio bonæ fidei, in quo id non obtineat, ſed is, quod iudex, ſi æquum videatur, in id condemnare poſſit. Ita & hic ſubandi: *Si quando equitas ſuadeat*, quod tunc accidit, cum ad reſtitutionem agitur: alias dicendum foret in actionibus quoque ex vendito, quæ ad pretium datur, ſic iurari. Et Coraſ. *d. n.* 19. reſp. ſi perpetuum hoc, idem obtineret in actione ex permutatione, contra *L.* 5. §. 1. *de praeſcript.* verbis ibi: *quanti intereſt*, iunct. *L.* 64. *pr. de iudic.* & in commodato ac depoſito nummorum. Ac ut Borch. *d. loc. n.* 72. & Duar. *d. loc.* alias quoque in actionibus contrariis ita iuraretur. Aſt non iurari in illis probat, *L.* 5. *princ. Depoſ.* De quo Coraſ. *d. loc. n* 18. *&* 6. *Miſc.* 7. & Borch. *d. C.* 4. *n.* 73. *& ſeqq.* ubi docent, nunquam in contrariis huic iuriiurando locum eſſe, nec ſi fides rupta arguatur. Contra Plotus *h. Tr.* §. 20. *n.* 1. Mala autem illatio ex *d. L.* 5. *pr.* quia in empti iudicio de fide rupta agitur, ideo ſic iurari. Non ſane quod fidem is demum rumpat, qui rem alienam, quam a domino habet, non reſtituit, nec is quoque qui non præſtat, quod promiſit (ut Ant. Fab. 17. *Err. Prag.* 7. male & contra vim pariter verborum ac iuris textus, *L.* 6. *Cod. de hered. vend. & ſimil.*) ſed quia collectio nulla. Perinde ac ſi ſic. Teſtamentum hoc non valet, quia ſeptem teſtes deſunt. Ergo quoties adſunt, valet, cum immo & alia ſint requiſita. Et ratio iſta *d. L.* 5 *pr. Depoſ.* negat eſſe contumacem in contraria actione. Non ideo ubicunque contumax quis, iureiurando hoc coercetur, Duar. *hoc tit. n.* 25. *& ſeq.*

ritus, C. de procurat. quod & concedendum eſt; dum tamen hoc ſic interpretemur, io his ſolis ab illo enomeratis in litem iurari, & ſi quæ ſunt ſimiles: ſemper enim iu paribus cauſſis eadem ratio idem ius admittit. *L. illud, D. ad L. Aquil.* Et vero ita ſtatuendom eſt, etiamſi quæ ſiot actiones iu perſonam, non in rem, aut ad exhibeodum, & uon ſint eæ bonæ fidei; ſi tameo competant ad rem reſtituendam, quæ a nobis profecta ſit, aut alioqui ad ius noſtrum pertineat, in his [9] itidem in litem iurari. Declaratur id exemplis harom actionum, quod metus cauſſa, de dolo, rerum amotarum, Faviaoæ de rebus alienatis io fraodem patroni. Omnes ſunt in perſonam, nec ſunt ad exhibendum, aut bonæ fidei; in omnibus tamen iuratur in litem. Iuratur in actione quod metus cauſſa, & de dolo [10] *L. arbitrio*, in pr. *D. de dol.* atqoe has in perſonam eſſe diſerte ſcriptum eſt in §. *præterea, Inſt. de act.* Iuratur in actione rerum amotarum. *L. ſi cum dos, §. ult. D. rer. amot.* & hæc actio condictio eſt. *L. rerum. 28. rer. amot.* proinde iu perſonam actio. *L. actionum, D. de obl. & act.* Poſtremo iuratur io actione Calviſiana, & Faviana. *L. tenetur, D. ſiquid in fraud. patr.* quæ & ipſa eſt in perſonam. *L. 1. §. hæc actio, eod. tit.*

VII. Cur ergo in his pariter ioratur in litem, ut in actionibus in rem? quia in his omnia ſimilia ad iuſiurandum admittendum. Perſequuntur eoim rei noſtræ, certe a nobis profectæ reſtitutiooem; & ſi cootomacia qoæritur, ſunt & ipſæ arbitrariæ, id eſt, eiuſmodi in quibus arbitretur prius iudex rem reſtitui; cui arbitrio cum non paretur, ſit illa contumacia non reſtitueutis, quæ io actionibos in rem, & ad exhibendum iureiurando in litem coercetur; de qua poſtea pluribos. Ac quo minos de his dubitemus, putemuſque ſingulari aliqua ratioue propria illa eſſe ſuperiorum actionum: extat generalis Ulpiani præceptio de hoc genere, in *L. qui reſtituere, D. de rei vind.* qui cum dixiſſet, eum qui reſtituere iuſſus iudici non paret, ſiquidem dolo fecit, quominos poſſet, damnandum eſſe, quantum adverſarius in litem iuraverit: ſi culpa, non pluris, quam quanti res eſſet; ſubiicit hanc definitionem: *Hæc ſententia generalis eſt, & ad omnia ſive interdicta, ſive actiones in rem, ſive in perſonam ſunt, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur, locum habet.*

VIII. Ex his, quæ hacteous diximus, hoc conficitur, iusiurandum in litem, de quo loquimur, ſolum in actionibus arbitrariis (quales ſunt actiones omues in rem, & ad exhibendum in quibus locum eſſe huic iuriiurando ſupra demonſtratum eſt) & actionibus honæ fidei, quanvis his quidem oon omnibus, iure receptum eſſe. Sed eſt & tertium genus actionum idque ampliſſimum, nimirum quæ ſtricti iuris appellantur. De his ergo quæritur amplius, an iusiurandum io litem, ut ſuperiores illæ admittant? quod nos quidem negamus certis ducti argumentis, ſi de priori hoc iurisiurandi genere quæratur, in quo ultra rei pretium lis actoris arbitrio æſtimatur. Poſterius illud genus, quo veritas, ſive quanti res eſt, æſtimatur, id vero in ſtricti iuris actionibus locum habere poſſe dicimus: quod & Marcianus adfirmat iu *d. L. 5. §. plane, h. tit.* ſed quia & hic locus obſcurior eſt, & res tota noo vacat dubitatione, conſultius viſum eſt, huius rei diſputationem in eum locum reiicere, qui eſt a nobis poſterioris huius iurisiurandi explicationi tributus. Nonc reliqua de priori pertexamus, quod per excellentiam ot antea quoque monui, iusiuraodum in litem appellatur.

CAP.

9) Quod Duar. *h. tit. n. 1. & 2.* admittit in his, ſi arbitrariæ ſint. Non enim idem eſſe in actione vi bonorum raptorum & ſimilibus, (licet Anton. Fab. 17. *Err. Prag.* 5. in actione furti ita iurari velit, vid. *not. infra C.* 10. *N.* 7.) Et Borch. *C.* 4. *n.* 34. ac aliis citatis Plotus §. 22. *n.* 5. in arbitrariis omnibus ſic iurari, per *L.* 68. *in fin. de R. V.* Diſſentit Ant. Fab. *ut N. ſeq.*

10) Quia etſi hic non res noſtra, ſed quæ fuit, reſtitui petatur, eadem tamen ratio vel maior, quia hic non tantum contumacia, ſed & admiſſus ab initio dolus arguitur, Duar. *hoc tit. n.* 7. Non neſcius ſum, quibus hoc impugnent Ant. Fab. 16. *Coniect.* 18. & 18. *Err. Prag.* 6. falſitatis & ineptitudinis arguens *d. L.* 18. *pr.* ut & Caſp. Schifordegher. *Lib.* 1. ad Ant. Fab. *Tract.* 25 *Q.* 6. Nec deeſſent, quæ illis reponerem, ſed loci anguſtia non ſinit. Videſis modo, Iuſt. Meier. *Endox. iuſtin. Decade* 1. *Q.* 5. Sicuti & Ant. Fab. 16. *Coniect.* 20. & 18. *Err. Prag.* 7. in interdictis nunquam in litem iurari contra *d. L.* 65. *in fin.* quam pari audacia damnat, uti & *L.* 15. §. 9. *Quod vi aut clam.*

C A P. IX.

Adverſus quem, & quamobrem hoc iusiurandum deferatur. Item quibus de rebus.

Iuratur in litem adverſus eum qui rem petitam non reſtituit uſus in ea re dolo vel culpa lata. I. III.

Culpa levis non coercetur in litem iurando, ſed æſtimatione ſarcitur. II.

Cauſſa iurisiurandi in litem: dolus rei minime reſtituentis; & petitoris affectio. IV.

Pro depoſitis nummis; aut iis quorum certa æſtimatio generibus a contumace reo petitis non defertur hoc iusiurandum; & quare. V.

Niſi tamen petitoris interfuit nummos ſua die redditos fuiſſe: duplici modo intereſſe: quomodo iuretur in utroque. VI.

Qui certa die non præſtat quod præſtare debuit, etiam ſi aut pecunia ſit, aut aliud æſtimationis certæ, tenetur in id quod intereſt actoris. VII.

An res petita pluris, quam ſit revera eo ſit habenda, quod lis per hoc iusiurandum poſſit creſcere. VIII.

Quæſtio hæc in quibus iudiciis agitari ſoleat; & quomodo hanc definiat Ulpianus. IX.

I. IN litem iuratur in his omnibus actionibus, de quibus ſupra expoſui, adverſus eum qui rem petitam non reſtituit, aut exhibet, idque dolo malo: ob ſolum enim dolum in litem iurari Marcianus ait, non etiam ob culpam. *d. L.* 5. §. *ſed in his omnibus*. Idemque declaratur in *L. qui reſtituere*, *D.* de re. viud. *Hæc enim*, inquit Marcianus, *iudex æſtimat*. Legendum eſt, [1] *Hanc enim*. Ut iudicis æſtimatio ad ſolam culpam referatur. Sola enim culpa eſt, quæ a iudice æſtimatur, ut & ſcriptum eſt in *L. præced.* in fin. ex culpa æſtimatio a iudice facienda eſt. Dolus non reſtituentis, non iudicis æſtimationi, ſed petitoris arbitrio committitur. *L. tutor*, *D. hoc tit.* Recte autem dixit ob dolum, non ob contumaciam, non quod contumacia non ſit dolus, & ob hanc maxime non iuretur in litem: ſed quia doli verbum plus complectitur, & Marcianus intelligi voluit ob omnem dolum in litem iurari. Dolus, quo fit ut res non reſtituatur aut exhibeatur, duplex eſt; præſens & præteritus. Præſens, cum qui poſſidet, aut habet rei reſtituendæ facultatem, iuſſus reſtituere, iudici non paret. Hic dolus proprie contumacia appellatur: adverſus hunc citra controverſiam iuratur in litem [2] *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *L. tutor*, *hoc tit.* Præteritum voco, cum reus quidem nunc, cum iubetur, rem non poſſidet, ita, ut etiam ſi maxime vellet, non poſſit reſtituere: ſed prius dolo fecit, quo minus poſſideret. Et hic [3] dolus iureiurando in litem coercetur, *d. L. qui reſtituere*, *de re. vind. L. ſed etſi lege*. §. *hæc verba*, *D. de her. petit. L. ſi fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pignor.* Fit hoc ex perpetuo iure, quo placuit, qui dolo poſſidere deſierunt, pro poſſeſſoribus eſſe habendos, *d. L. ſed etſi*, §. *perinde*. *L. qui dolo*, *D. de reg. iur.*

II. Quod ait Marcianus, in litem non iurari ob culpam; iudicem enim hanc æſtimare, ſic interpretandum eſt ex *d. L. qui reſtituere*, ut qui nec poteſt reſtituere, nec dolo fecit, quominus poſſet, ſi tamen culpa eius factum eſt, damnari debeat:

1) Ita Forner. *ad L.* 223. *de V. S.* Duar. *h. t. n.* 35. legit *hic etiam* Ψηφισματικῶς, ut ſenſus ſit, ob culpam a iudice fit æſtimatio. In manuſcripto quodam legi, *h. enim index &c.* in alio *hoc enim &c.* ſicuti & habet editio Pariſienſis de anno 1527.

2) *L.* 18. *de dolo L.* 8. §. 1. iunct. *L.* 10. *Rer. amotar.* *L.* 3. §. 2. *ad exhib.* Neque hic requiritur difficultas probationis, Plotus *h. Tr.* §. 22. *n.* 9. *&* §. 27. *n.* 2.

3) Borch. *hoc tit. C.* 5. *n.* 3. Charond. 3. *Veriſim.* 8. ob dolum ante acceptum iudicium commiſſum in reſtituendo non iurari, ſed poſt ſuſceptam cauſſam, ſi aut contumaciter reluctatus, cum poſſet reſtituere, aut dolo fecerit, ne poſſet, add. Plot. *h. Tr.* §. 14. *n.* 1. *&* §. 25. *n.* 3. *&* 4. Cæterum Anton. Fab. 97. *Err. Prag.* 6. reprehendit putantes iusiurandum in litem in bonæ fidei iudiciis tantum naſci ex dolo amiſſo in iudicati executione. Nam in *L.* 3. §. 2. *Commod.* habetur *rei iudicandæ*, id eſt, quo res in condemnationem deducitur, non *iudicatæ*. Et quid ſi res commodata, ex. gr. ante rem iudicatam dolo malo rei præſtari poſſe deſiit, ad quid feretur, ait, ſententia niſi ad æſtimationem. Quæ autem alia æſtimatio, niſi hæc, &c. Dolus autem Rei proprius requiritur. Aliud ſi pupillus convenitur ex dolo tutoris, per *L.* 1. *Cod. Quand. ex fact. tut. vel Cur.* Beuſt. *ad Rubr. de iureiur. n.* 159. Aliud ſi heres ex dolo defuncti, cum quo lis nondum conteſtata eſt, *L.* 1. *L.* 2. *L.* 4. *C. h. t.* vid. Corаſ. *ad L.* 5. *D. h. t. n.* 28. ubi quadripartitam diſtinctionem refert Borch. *h. Tr. Cas.* 5. Duobus caſibus contra heredem hoc præſtari notat Monter. *Deciſ.* 91. *n* 7. Weſenb. *Conſ.* 13. *n.* 25. Verus item, non præſumptus, ut Io. Bapt. Plot. *h. Tr.* §. 49. *n.* 30. Sed contra Duar. *h. t. n.* 35. vide diſtinctionem Bargalii 2. *de Dolo* 3. *n.* 2.

beat: ſed ita, ut culpa, ideſt, damnum culpa datum ſolum æſtimetur, &, ut ibi loquitur Ulpianus, *non pluris, quam quanti res eſt, quanti adverſarii* intereſt, reus condemnetur.

III. Culpam hic levem, non latam accipere debemus: nam cum prius Marcianus dixit, ob dolum iurari in litem, etiam ob latam culpam iurari dixit: lata enim culpa dolus eſt. *L. quod Nerva, D. depoſ.* Quid? quod id expreſſum eſt in *L. 2. C. de in lit. iur.* ut bene Fulgoſius [4] adverſus Accurſium atque alios eum vulgo ſecutos, obſervavit ac docuit in *d. L. 5. D. h. tit.* nec mutat, quod dicit, ob dolum ſolum iurari in litem. Nam nec hac particula ſolum lata culpa excluditur, niſi quid aperte de lata culpa excludenda in lege ſignificetur, ut in lege Cornelia de ſicariis. *L. in lege, D. ad L. Corn. de ſic.* Argumento eſt, quod de depoſito traditur, dolum duntaxat in eam actionem venire: *L. 1. §. ult. D. depoſ.* nec minus tamen conſtat depoſitarium ob latam culpam teneri. *L. 1. C. dep.* idem & de menſore ſcriptum eſt in *L. 1. §. 1. ſi menſ. fal. mod. dix.*

IV. Ex his intelligimus dolum aut ſimilem dolo culpam quæ lata dicitur, in non reſtituente vel exhibente rem petitam cauſſam eſſe huius iurisiurandi, ſive ut in litem adverſus eum iuretur. Eſt & altera cauſſa in perſona petitoris, ius ſcilicet eius & affectio in re petita, quam eius eſſe, vel ad eius ius pertinere ſupra, cum de actionibus diſſereremus, intellectum eſt; iniquiſſimum enim viſum eſt veteribus, cogi quenquam invitum re ſua carere, ſuoque pretio eam alteri vendere. *L. non enim æquum, 7. D. rer. amot.* Atque hæ duæ cauſſæ, affectio, inquam, petitoris, & dolus adverſarii, ut coniunctæ locum huic iuriiurando faciunt, ita coniunctim a Marcello expoſitæ ſunt in *L. tutor, 8. D. h. tit.* Et affectio iſta quidem præcipue [5] ſpectanda fuit: unde & affectionis iuſiurandum vulgo dicitur; nec in omnibus rebus locum habet, etiamſi maxime his actionibus petantur, quæ conditione ſua hoc iuſiurandum admittunt, & agatur adverſus contumaces; ſed in iis tantum, in quas affectio cadit.

V. Negat Ulpianus in *L. nummis, 3. D.* hoc. tit. *nummis depoſitis iudicem oportere in litem iuſiurandum deferre, ut iuret quiſque quod ſua interſuit:* & addit rationem, *cum certa ſit nummorum æſtimatio.* Qua ratione maxime declaratur ſic recte de rebus in univerſum definiri: Quarum rerum certa æſtimatio eſt, quales ſunt nummi, vinum, oleum, frumentum, & quæcunque res pondere, numero, menſurave conſtant; etſi hæ depoſitæ petantur, aut tanquam res petitoris vindicentur, eædemque dolo aut contumacia poſſeſſoris non reſtituantur, quibus de cauſſis iuſiurandum in litem admitti ſolet; tamen de his rebus hoc iuſiurandum deferri non debere; cæteris in rebus deferri poſſe, ſi aliud non impediat. Ratio ducta eſt ex fine iurisiurandi in litem. Nam hoc iuſiurandum vel ob id defertur, ut conſtet de vera æſtimatione rei, quæ ignoratur, & aliter probari non poteſt. *L. 5.* in fin. *D. h. tit.* vel ut pretium rei arbitrio domini ſtatuatur ex eius affectione. *d. L. tutor.* Neutram ob cauſſam iuſiurandum in litem [6] de nummis deferri poteſt. Nam ſi nummorum æſtimatio quæritur, hæc per ſe certa eſt, eoque non indiget alia probatione, multoque minus ad eam rem iureiurando. Si quæratur domini affectio, hæc in nummos & res ſuperiores non cadit. Unus enim aureus ſolaris, exempli gratia, ab alio, utilitate, & commoditate ni-

4) Conſentit Coraſ. *ad L. 5. h. t. n. 27. fol.* 628. & *4. Miſc. 2. n.* 11. Duar. *ad h. n.* 33. & *ſeqq.* Buſius *ad L. 4. §. ultim. h. titul.* Broo. 2. *Enant.* 30. Borch. *h. Tr. C. 5. n. 5.* & *ſeqq.* Quia & ubi de pœna, modo pecuniaria ſit, agitur, diſpoſitio dolum puniens, latam culpam complectitur, etiam adiuncta taxativa, *L. 1. ſi is qui teſt. Lib.* Duar. & Bron. *d. loc.* Et culpæ v. *in L. 4. §. ultim.* levem innuit, non latam, uti & alias Coraſ. *d. loc.* & Borch. *n* 9. Diſſentit poſt alios Schrad. *de Feud. P.* 10. *Sect. 4. n.* 185. Beuſt. *in Rubr. de iureiur. n.* 131. Plot. *h. Tr. §.* 4 *n.* 86. & *§. 48. n.* 16. & Pac. 3 *Enant.* Q. 90. Volentes ſpeciale eſſe, *d. L. 2. Cod. hoc tit.* in actione tutelæ, ut ea lata culpa iuretur favore pupilli. Quo facere videtur, quod *tit. hic C. de in lit. iur.* in materia tutelæ poſitus, nec alios caſus continet. Eoque forte oſtenditur, quod illic tractetur non de alio iureiurando quam in cauſſis tutelæ delato, vid. de hac quæſtione Bargal. *Lib. 5. de Dolo C. 2. n.* 35. & *ſeqq.* & *Lib. 6. regula* 8.

5) Generale eſt, ut in venditione pretium arbitrio domini ſtatuatur. Affectioni itaque indulgeri hic non iniquum, Duar. *h. t. n* 8. quæ ſæpe in rebus vilioribus, ut canibus, equis, immodica conſpicitur. Qui itaque modus in his rebus cupiditatis idem æſtimationis eſſe ſolet. Exempla eſt fictilis Epicteti lucerna, quæ Luciano teſte, tribus drachmarum millibus æſtimata eſt, P. Vanderan. *de Privil. credit. Cap.* 12

6) Finis iuriſiurandi, ut dominus pretium rei ſuæ ſtatuat. Ad eas itaque res pertinet, quarum pretia incerta, quæ ſecundum tempora variant. Earum enim rerum, quæ in mercis numero, æſtimatio mutabilis, quæ ſit pecunia. Nummi autem merce non æſtimantur. *L. ſi ita 42. de fideiuſſ.* Duar. *h. t. n. 4.* & 5. Videnturque iidem nummi reddi, etſi alia corpora, modo eiuſdem generis & bonitatis, cum æſtimatio non ſit pro hominum arbitrio varia, neque ita cogatur aliud pro alio accipere, A. Fab. 17. *Err. Prag.* 9. (Exceptio tamen ſtatuenda ex notatis *ſupra Lib.* 10. *Cap.* 3. *N.* 6.) Idem fere de vaſe argenteo iudicatum refert Ant. Fab. *C. ſuo h. t. definit.* 2. Eadem ratio librorum eiuſdem editionis, vid. Beuſt *ad Rub. D. h. t. n.* 140. ubi *n.* 152. ceſſare docet hoc iuſiurandum ubi res venalis habita. De quo tamen ex rei qualitate varie ſtatuendum puto, tametſi Coraſ. 6. *Miſc.* 3. rationem eam, quod in nummos non cadat affectio, repudiet.

Digitized by Google

te nihil plane differt: quod in animalibus, hominibus, prædiis, & cæteris rebus, quæ ſua ſpecie, non quantitate æſtimantur, ſecus eſt: harum enim rerum unaquæque ſuam vim, ſuas commoditates, utilitates, voluptates, a cæteris multum diſtantes habet. De domini affectione nihil ibi dixit Ulpianus, hanc nimirum in nummos non cadere, quia minus de eo dubitabatur.

VI. Sed de nummis quod dixerat, ſi temperat, ſi convenerit, ut certo die redderentur, nec redditi ſint, placere iuſiurandum in litem deferri poſſe: non de nummis, ne Ulpianus mutet quod dixerat certam eorum æſtimationem eſſe, & propterea iuſiurandum in litem non admittere: ſed de eo, quod actoris interſit, nummos illi 7 *ſua die redditos fuiſſe*. In quo computari ait extra nummos damna, quæ ob pecuniam ſua die non redditam contigerunt. Hæc autem eſſe oſtendit, ſi actor ſub pœna pecuniam debuit, quam ſcilicet quia ſolvere non potuit creditoribus ſuis, dum nummos a ſe depoſitos non accipit, ideo in pœnam incidit: aut ſi pecuniam debuit ſub pignore, & quia pecunia depoſita ei denegatur, pignus diſtractum eſt. Nempe iuſiurandum in litem hic adhibebitur, ut petitor iuret ſe tantum pœnæ nomine ſolviſſe, ubi id aliter facile probare non poſſit; *arg. in L.* 5. in fin. *D. h. tit.* in pignore autem ut iuret, quanti ſit pignus amiſſum, non etiam ut id ex affectione æſtimet, & debitor ei in tantam ſummam condemnetur. Non enim ita res æſtimatur, niſi adverſus eum, qui rem, de cuius æſtimatione agitur, poſſidet, & contumacia non reſtituit, aut quam prius reſtituere poterat, eam dolo deſiit poſſidere. *L.* 2. §. 1. *L. tutor, D. hoc tit.* In propoſito autem is qui nummos depoſitos ſua die non reddidit, pignus, de quo agitur, numquam poſſedit, nec in eo non reſtituendo quicquam dolo fecit, cum a creditoribus actoris ſolum poſſeſſum & diſtractum fuerit. Sed & priori iuriiurando non alias locus erit in hoc pignore æſtimando, quam ſi pignus perierit. *L.* 5. in fin. *D. hoc tit.* Nam ſi adhuc extat, ſatis de vera æſtimatione ex inſpectione rei conſtare poteſt. Sed ſive de pœna iſta, & pignore, quæ hic æſtimanda dicimus; iuſiurandum actoris admittatur, ſive non admittatur: tamen illa ſententia Ulpiani manet, ſemper hæc æſtimanda eſſe, ubi is, cum quo agitur, nummos depoſitos ſua die non reddidit,

7) Hic quoque cum manibus Triboniani luctatur, A. Fab. 17. *Err. Prag.* 9. eidem *d. L.* 3. verſ. *Niſi forte de eo*, totum ceu multis modis ineptum, adſcribens. Movetur. (1) Quod ea ratione, quæ in *d. verſ.* tantum ſequatos, præſtari debere id quod intereſt, quod alioqui ratione nummorum non debetur. Quanti intereſt in ea ſpecie, ſciri facile citra iuſiurandum poteſt, quantum ſcilicet fuerit in pœna, quanti pignus diſtractum. Semper, ait, verum manet ratione nummorum non intereſſe hæc an alia corpora reddantur, ideoque iureiurando huic locus nullus. Nam quod Accurſius iurari hic, ſed non in litem, præcedentia uti & ſeries ac contextus refellunt. Nec audiendus Bart & ſequaces, qui ibi eſſe iuramentum veritatis, ut *L.* 5 §. *ult. h t.* Nam & id commentitium, vid. *not C ſeq. N.* 2. *& d.* § *ult* ſine delatione iuramenti res nullo modo æſtimari poteſt, quod hic non accidit. 2 Per verba: *Sua die*. Inaudita hæc conventio in depoſito, ut certa die reddatur. Abſurdeque Accurſius hoc extendit ad nummos creditos, qui mutuum eſt ſtricti iuris, itaque iuſiurandum in lite non recipit. Falſus autem in eo Tribonianus, indicio Fabri, quod putavit ideo non dari iuſiurandum in litem in depoſito nummorum, quia nihil interſit, unde collegit locum ei eſſe, quando intereſt. Quæ ratio falſa. Neque enim iuratur, quoties intereſt, quin immo quando id quod intereſt præſtari dicitur, iuſiurandum hoc excluditur. Hæc ſumma impetitionum Fabri, brevibus concepta. Quibus æque brevibus nunc occurremus. Unde quæſo, ut hinc incipiam, obiecta iſta erroris Triboniano, nonne in omnibus antiquorum Iuriſconſultorum monumentis, &c Quænam illi voluptas ea tanta, cuius inſimulatur, reſponſorum veterum Prudentum corruptione ac perverſione iuris rationis. Quidquamne vero in *d.* verſ *Niſi forte*, iuris rationi repugnans! Immo congruentius nihil. Non ſequitur: Aliunde liquere poteſt, quantum interſit. Itaque in litem non iuratur. Fateor iuſiurandum hoc non deferri toties quoties intereſt: largior, quando abſolute, ſine adiecto, dicitur id quod intereſt præſtari, iuſiurandum hoc excludi. Num ideo non ſimul vere & realiter intereſſe poteſt, quoties hoc iuſiurandum admittitur. Et num quoties ſciri poteſt aliunde, quantum vere interſit, iuſiurandum hoc non defertur? Num ratio *d. verſ.* ad intereſſe ſolum verum & pecuniarium concludit, cum in hac ſpecie affectioni locus nullus? Eſt immo opinor. Quidni enim vir probus maioris æſtimet opinionis aliquam, & fidei non modicam imminutionem, quæ exinde ſecuta eſt, quod fidem conventionis ſuæ alteri præſtare non potuit. Adhæc ſi pignus diſtractum, quod luere propter moram depoſitarii non potuit, nunquid & hic rem ſuam invitus, & nec iuſto pretio quidem, ſed, ut plerunque in pignorum venditionibus evenit, minoris vendere coactus, quam retinuiſſet, ni moram depoſitarius feciſſet. Quid igitur vetat, immo quid non ſummopere poſcit, affectionis erga rem iſtam pigneratam & diſtractam rationem haberi. Et affectionis hoc iuſiurandum vere ſtatuemus, non veritatis. Quod DD plerique affectionis extra rem vocant, ut not. *ſupra C.* 6. *N* 4. Æquius certe eſt hoc caſo religioni & fidei deponentis committi, quanti ſua intereſſe putet (in quo & aliqua ratio affectionis erga rem pigneratam amiſſam, item ratio eius habebitur, quanti æſtimet fidem ſervari a ſe & conventioni ſuæ ſtari potuiſſe) quam eundem ex adverſarii culpa, ſine ulla ſua, oneri difficilis probationis adſtringere, cuius defectu ſæpe id quod intereſt ad exilem ſummam redigitur, *L. ult. de ſtip. Prætor.* De nihilo quoque quod ex verbis *ſua die*, elicit Faber. Nam (1) non neceſſario arguunt conventionis legem adiectam, ſed recuſationem doloſam depoſitarii eo tempore, quo repetebat deponens, reſtituere nolentis. *Sua die*, id eſt, qua illum nummos habere oportuit, ut ſolveret ſuis creditoribus. (2) Non inauditum diem depoſiti redditioni dici, immo exempla *L.* 1. §. 45. *& ſeqq. D. Depoſiti*. Sed hoc diſpoſitum ibidem quod etſi dictus ſit, ante eum repeti poſſit. Quare & hic poteſt dici certam diem dixiſſe deponentem, eam nempe qua a ſe pecunia ſuis creditoribus ſolvenda, cum interim non haberet, ubi ipſe reconderet. Falſo Faber non poſſe diem adiici depoſito: Poteſt immo, ſed adiectus creditur in favorem deponentis, non depoſitarii, qui nullum lucrum ex depoſiti officio captare poteſt aut debet. Et propterea illi pœnitere licet, ac citeriore die, modo non intempeſtive, repetere. Hoc autem diei adiectio efficit, ne ante lapſum eius depoſitarius reſtituere poſſit nolenti, qui citra eam conventionem, quovis tempore reſtituens liberaretur, Weſ. *Par D. Depoſ. n.* 5. Denique Faber ipſe a ſe diſſentire videtur 16. *Conject.* 1. *pag. mihi* 273.

didit, a quocunque iſta æſtimatio, & quomodocunque probari debeat.

VII. Locus in hanc ſententiam diligenter notandus: quo efficitur, quoties quid certo die præſtandum aut reſtituendum eſt, etiamſi ſit pecunia, vinum, frumentum, & res ſimiles, quarum certa æſtimatio eſt, quæque ex ſe fructus non ferunt: tamen adiectionis diei hanc vim eſſe, ut ſi res ſua die præſtita, reſtitutæ non ſint, debitor teneatur non in res ipſas tantum, ſed in id quod actoris intereſt ſua die præſtitas non eſſe; hoc amplius in eo, quod intereſt, numeranda eſſe omnia damna, ob eam cauſſam etiam extra rem contingentia, ut, ſi ideo petitor in pœnam inciderit, aut pignora eius ſint diſtracta. Quod idem Ulpianus apertius, & pluribus confirmat in *L. 2. §. ult. D. de eo, quod cer. loc.* Videtur adverſari *L. ſi ſterilis, §. cum per venditorem, D. de act. empt.* Sed de ea obiectione dixi oportunius ad *L. quod ſi Epheſi,* in pr. *d. tit. de eo, quod cer. loc.*

VIII. Poſtremo, ut hunc locum concludamus, ex eo quo ſupra demonſtravimus, contumaciam rei non reſtituentis alteram cauſſam eſſe, propter quam lis ultra verum rei pretium creſcat ſive iureiurando actoris atque arbitrio æſtimetur; ex eo, inquam pendet illa quæſtio, an propterea res petita pluris habenda & æſtimanda ſit quam revera eſt, quia lis creſcere per hoc iuſiurandum poſſit: de quo definit Ulpianus in *L. 1. D. h. tit.* [8] non eſſe. Quæſtio inutilis & inepta, ſi id quæri proponamus in his iudiciis, in quibus in litem iuratur, ſive cum de rei æſtimatione principaliter quæritur: quorſum enim pertinet hoc definiri, tanti vel pluris rem habendam eſſe? id enim tantum agitur, ut æſtimetur, non quanti ſit res in iudicium deducta. Et res ita habet, ut dixi, in iudiciis in quibus in litem iuratur, cum principaliter de re æſtimanda quæritur.

IX. Sed accidit interdum, ut in his ipſis iudiciis multo ante ſententiam, atque adeo initio iudicii ob alias cauſſas in iudicium incidentes, quærendum ſit, quanti ſit res, quæ in iudicium deducta eſt; ut quia id ante conſtitui, neceſſe ſit ad iudicium rite inſtituendum aut promovendum: de quo tamen quicquid conſtitutum erit, nihil ad principalem cauſſam decidendam pertinet: eoque ſuperior quæſtio & Ulpiani definitio pertinet. Veluti, cum tractatur de iuriſdictione iudicis apud quem agitur, quæriturque, utrum res petita intra iuriſdictionem eius conſiſtat, an excedat. Pone, fundum petitum, ad ſummum quingentis aureis dignum, apud eum iudicem qui ex lege & forma iuriſdictionis ſuæ, uſque ad illam ſummam cognoſcere poteſt: eum vindicat petitor apud maiorem iudicem, quod dicat eum ſe æſtimare ſeptingentis aut pluris: & poſſe fieri, ut tanti aut pluris in eo iudicio fundus æſtimetur, ſi per contumaciam ab adverſario non reſtituatur: eiuſque rei rationem habendam eſſe: contra adverſarius utitur præſcriptione fori, & ad iudicem ſuum, illum minorem, revocat, quod dicat rei petitæ pretium intra iuriſdictionem eius conſiſtere: recte dicit, ex ſuperiori Ulpiani definitione, qua præcipitur verum rei pretium ſpectandum eſſe, non id, in quod creſcere lis poſſit, ex contumacia rei; quoniam hæc æſtimatio non rei petitæ æſtimatio ſit, ſed pœna contumaciæ non reſtituentis: ut ſcriptum eſt in *d. L. 1.* Aliud exemplum huius rei in fideiuſſore iudicio ſiſtendi cauſſa dato poni poteſt: locuples dari debet, pro rei ſcilicet, de qua agitur, qualitate, id eſt, qui tantum facere poſſit, quanti res eſt, de qua agitur: pone eam ducentorum eſſe: ſi ab actore petatur fideiuſſor locuples ad trecentos, quod lis creſcere per iuſiurandum in eam ſummam queat, non eſt audiendus; ſed liberabitur reus, ne cogatur ſtatim in ius venire, ut olim mos erat, niſi ſatiſdaretur. *L. 2. §. ult. D. qui ſatiſd. cog.* Hæc de his cauſſis Ulpianum ſcripſiſſe argumento eſt, quod *d. L. 1.* definitio ſumpta eſt ex *lib. 51. ad Sabinum:* quo libro tractaſſe illum de iudicio, & de iudicis iuriſdictione, indicat *L. eum qui. 13. D. de iuriſd. L. ſi locus, 59. D. de iud. L. iudex, 55. D. de re iud. L. nemo qui condemnare, 37. de reg. iur.* omnes ſumptæ ex *eodem lib.* & ad eam tractationem, quam dixi, pertinentes.

CAP.

8) Ubi verbum expungit Ant. Fab. *Coniectur. 5. C. 17.* quaſi alias falſa ſententia. Creſcere poteſt, inquit, condemnatio per iuſiurandum in litem ex contumacia. Sed non ideo dicendum pluris eſſe rem, quæ in iudicium deducta, ac cuius nomine iuratur. Et contraria ſunt, rem non fieri pluris, & rem tamen æſtimari ultra pretium, nec dicendum eſſe ultra pretium *rei*, ſed ſuum. Sed hæ inanes argutiæ. Nec animadvertit Faber, ſe dum ἀκυρολογίαν, quam putat, vitare vult, in graviorem incidere. Æſtimari contumacia, pro coerceri, puniri, aut ſenſu eo, quem ſi correcta lectio poſceret, ubi uſpiam legitur? Licet facile largiar apte dici æſtimare contumaciam ex ſuis requiſitis &c. item dolum æſtimari ex eo, quod in litem iuratur, ut *L. 64. de iudic.* Rem æſtimari quanti in litem iuratur, recte dicitur, *L. 8 Rer. amotar.* Et ultra igitur rei pretium. Nec cum eo pugnat, quod res non fiat pluris. Diſtinguendum enim id, quod in re eſt, ab eo quod in re eſt, ab eo quod in fictione aut opinione (non communi, ne quis obiiciat verbum *opinamur d. L. 1.* ſed) ſingulari. Nam cum & res ab iniquis taxatoribus minoris æſtimatur, ideo minoris non fit, nec communiter minoris eam eſſe opinamur, ad effectus eos, de quibus hic Donellus aut ſimiles.

Digitized by Google

C A P. X.

De poſteriori genere iuriſiurandi in litem, quod vulgo veritatis appellant.

Aliud eſſe iuſiurandum a ſuperiore diſtinctum ex Ic. C. Marciani verbis oſtenditur. I. & ſeqq.
Poſterius hoc neceſſarium, prius illud voluntarium. II.
Neceſſitatem induci debitoris mora vel culpa, & rei ipſius interitu; & quare. III. IV.
Item & rei deterioratione. V.
Iuſiurandum hoc poſterius & in ſtrictis, & in bonæ fidei iudiciis adhiberi. VI.
Sed in ſtrictis, cum res extabit, ſecus in bonæ fidei iudiciis. VII.
Huius loci eſſe conditionem furtivam, & furti actionem. Cuius temporis habenda æſtimatio in utraque. VIII.

I. IUſiurandum in litem duplex eſſe ſupra monui. Unum, quo iurat actor, quanti rem æſtimat, vel ex affectu; quamvis ultra rei pretium. Alterum; quo iurat de [1] vera æſtimatione, ideſt, quanti res vere ſit, ſeu quanti ſua interſit. De priori hactenus diſputavimus, nec tamen plene: ſupereſt enim de vi eius, deque neceſſitate ſuſcipiendi dicere: ſed quia hæc illi cum poſteriori communia ſunt, poſtea, ubi de hoc quoque breviter expoſuero, in commune de illis duabus quæſtionibus dicam. De hoc igitur iureiurando in litem, quo quanti res eſt, æſtimatur, illud primum quæritur, an ullum tale ſit; ſunt enim qui [2] negent; ſed con-

1) Super iuſto rei valore, omni affectione ſepoſita, Menoch. *Arb. C* 208. *n.* 2. De differentia inter hæc, quanti ea res & quanti intereſt, vid. Gœd. *ad L.* 79 *de V. S.*

2) Duar. *ad hoc tit. in priori & poſterior. Comm.* nullam diſtinctionem iuramenti veritatis & affectionis agnoſcit, etſi diſertis verbis non reprobet, ſed in *poſter. Cap.* 3. ſtatuit, ſi dolo aut contumacia Rei difficilis reddita æſtimatio, ut aliter probari nequeat, nullam eſſe diſtinctionem actionum, *L.* 5. §. *ult. h. t.* alias non deferri, niſi in certis caſibus, *L.* 5. *pr. h. t.* A. Maſſa Galeſ. *Tr. de Iudiciis bonæ fidei n.* 9. cum cauſſa iuriſiurandi in litem deferendi ſit difficultas æſtimationis per iudicem, coniuncta doloſa mora, id non eſſe iudiciorum bonæ fidei præcipuum, magis quam aliorum, ubi ea facti qualitate ſubſit cauſſa deferendi iuriſiurandi. Denique A. Fab 16 *Coniect.* 1. & 13. ac 17. *Er. Prag.* 6. 8. & 10 hoc iuſiurandum veritatis ita fere impugnat. Diſtinctio hæc Iuriſconſultis ignota, omneque in litem iuſiurandum eſt affectionis, ſive certi res, quæ debetur æſtimanda, ſive quod intereſt actoris. Differentia hæc ſolum inter bonæ fidei & ſtricta iudicia, quod in illis iurare conceditur, etiam cum citra hoc res æſtimari poſſet, ex æquitate iudicii, ne per dolum adverſarii quis re ſua carere ac vendere iuſto pretio cogatur; in his vero ex neceſſitate eo uno caſu, quo alio modo res æſtimari nequit, cum nempe res poſt moram (ante tamen litem conteſtatam, vid. *not. infra N.* 4.) perempta. Ubi cum obligatio perpetuetur, res autem præſtari nequeat, æſtimatio facienda. Ea autem præſens debetur temporis, quo iudicium acceptum. Quod probatur tum, quia alias falſa ratio Iuriſconſulti in *d.* §. *ult.* quia æſtimare *non poteſt*. Res enim perempta, inſpecto eo tempore, quo exſtabat, æſtimari poteſt. Tum quia fictione iuris res habetur pro exſtante. At ſi exſtaret, talis deberet præſtari, qualis quantique eſſet, cum peteretur. Ergo & nunc præſens æſtimatio: nec contentus eſſe debet actor æſtimatione, quæ fuit tempore moræ, quia potuit pluris nunc eſſe, ſi perempta non fuiſſet. Præſens itaque æſtimatio cum eius rei, quæ nulla eſt, nec officio iudicis nec boni viri arbitrio conſtitui poſſit: inde eam iuriſiurando actoris committi oportet. Neceſſitatis itaque hoc iuramentum potius dici debet, quam veritatis, quia non pœna contumaciæ huc adigit, ſed neceſſitas, non difficultas probationis, ut DD. vulgo, ſed mera impoſſibilitas; quando ſine delatione huius iuriſiurandi res nullo modo æſtimari poteſt. Neque huic dat cauſſam dolus, ſed mora *d. L.* 5. §. *ultim.* (quæ non modo ſine dolo ſed & ſine culpa eſſe poteſt) & interitus. Mora facit, ut res perempta adhuc debeatur, ac ſi exſtaret, non autem ut præſtari poſſit, quia præſtatio eſt facti, in qua fictioni non locus eſt *L.* 12. § 2. *de captiv. & poſtlim.* Quia itaque vi moræ res exſtare fingitur, peremptæ rei præſens æſtimatio debetur, & inde iurandi neceſſitas. Licet Stichus ea gr mortuus; præſtanda tamen eius æſtimatio, *L.* 91 §. 3. & *ult. de V. O. L.* 21. *L.* 23. *de conſt. pec.* & quidem præſens tempore quo agitur, non moræ aut mortis. Quin & quod æſtimatio non debeat referri ad tempus præteritum, quo res exſtitit, ut Bartolus & alii, vel hinc patet, quia ſic nulla non modo impoſſibilitas eſſet probandæ æſtimationis, ſed nec difficultas. Facile enim eſt dicere quanti res fuerit, quæ nunc non exſtat, quæ etſi exſtaret, non ideo facilior foret præteriti temporis æſtimatio. Sic in actione *L. Aquiliæ* ubi æſtimatio fit retro, quanti res eo anno plurimi, *L.* 21 *ad L. Aq.* non iuratur in litem, quia pugnant condemnari, quanti plurimi; & quanti in litem iuratur. Quo circa cum iuriſiurandi delatio hic neceſſaria ſit, conſequens eſt etiam affectionis indulgeri, quia non niſi ex iurantis affectione æſtimationem habere poteſt res ea, quæ revera, cum non ſit, nullam habet. Sola itaque hic cauſſa neceſſitas vel impoſſibilitas probandi. Mora autem ideo exigitur, ut res deberi perſiſtat. Quod ſi citra eam obligatio manere poſſit, ne illa quidem eſſet neceſſaria. Denique cum res æſtimatur iureiurando in litem, inepte quæritur cuius temporis ratio habenda ſit, cum æſtimatio fiat ex affectione iurantis. Nec obſtat *L.* 9. *h. t.* verbis: cum furtum factum ſit, Nam reſp. id ibi ideo quia pœna furti, (quæ cum propter delictum infligatur, ad tempus delicti referenda) dupli vel quadrupli conſtituitur ratione ſimpli. Etſi autem iuraverit agens furti rem fuiſſe pluris quam fuit, non idcirco minus valebit iuſiurandum, nec audietur fur probaturus rem minoris fuiſſe. Hæc ſumma eorum quæ a Fabro *dd. loc.* fuſius probata. Sed opinatio illa, ut ab illo exordiar, æquitate perſpicue deficitur. Quid enim durius & inhumanius, quam eum qui nullius doli reus, immo etiam aliquando culpæ omnis exſors, (ſi verum, ut ipſe quidem Faber ponit, quod culpa carere poſſit mora, quod hic non diſputo) propter rei interitum fatalem, ut eſt ſpecies *d. L.* 5. §. *ult.* tanta pœna plecti, ut in actoris arbitrio ſit in infinitum illius rei pretium, ſuamque ad rem affectionem æſtimare. Immo an non abunde ſufficit actori, ſi æſtimationem veram conſequitur, cui ſi citra moram res tradita fuiſſet, facile ipſe quoque perire potuiſſet. An non ſatis punitur mora, ſi æſtimationem præſtare cogitur, re inſuper perdita. Quam ſi præſtitiſſet ſua die, omni ſe obligatione exſolviſſet, nec poſtea interitum rei præſtaret. Quin immo vel ex eo conſtat affectioni hic indulgeri non poſſe, quia interitus rei poſt moram liberat moroſum, ſi conſtet rem æque periturum fuiſſe creditori, ut ſuo loco. Nec alia ratione res deberi perſiſtit ac exſtare fingitur, quam quia acceptam creditor diſtrahere, ac ita res ipſi non perire potuit. Quare cum quis rem peremptam iudicio perſequi-

convincuntur apertis teſtimoniis veterum, [3] ut Pauli in *L.* 2. *§.* 1. Ulpiani in *L.* 3. ſed præcipue Marciani in *L. in actionibus*, 5. *§. plane interdum*, *D. h. tit.* ubi huius iuriſiurandi natura & conditio expreſſa eſt. Sentire enim eum & loqui de hoc poſteriori iureiurando in *d. §. plane*, multis modis demonſtrari poteſt. Dixerat enim antea in actionibus in rem & ad exhibendum, & bonæ fidei in litem iurari, ſed iurari ob ſolum dolum, non etiam ob culpam: intelligens ſcilicet prius illud iuſiurandum in litem, quod ita per excellentiam vocatur: idemque dixerat Ulpianus in *L.* 4. *præc. §. ult.* ob culpam in litem non eſſe iurandum. Poſtea Marcianus ſubiicit, *& in actione ſtricti iuris interdum in litem iurandum eſſe: veluti ſi Stichi promiſſor moram fecerit, & Stichus deceſſerit*, hoc eſt uno verbo: propter culpam hic in litem iurari: mora enim culpæ ſpecies eſt. *L. ſi ſervum*, *§. ſequitur*, *D. de verb. oblig.* Atqui in litem iurari paulo antea non poſſe dixerat, ob culpam, ſed ob ſolum dolum. Eodem igitur loco manifeſte contraria ſcripſit, niſi de diverſis generibus in litem iuriſiurandi ſenſerit: quod & verum eſt. Idemque ex eo apparet, quod & in actione ſola ſtricti iuris ſic iurari ait ob culpam ſcilicet debitoris, cum prius illud iuſiurandum in litem in actionibus tantum arbitrariis & bonæ fidei collocaſſet. Denique huic poſteriori iuriiurando tunc ſolum locus eſt, cum res debita non extat, ſed perempta eſt, ut exemplum ſubiectum oſtendit, & mox amplius dicetur. Prius illud etiam re extante & tunc præcipue receptum eſt, cum quis ſcilicet contumacia non vult eam reſtituere, quam poſſidet.

II. Nunc ipſa verba Marciani, quibus naturam expreſſam huius iuriſiurandi diximus, exponamus. Ait hic, non iurari, ut in prioribus actionibus & de priore iureiurando dixerat; ſed iurandum eſſe non otioſe, ſed quo ſignificetur iuſiurandum hoc, quod defertur interdum etiam in ſtricti iuris iudiciis, neceſſarium eſſe; prius illud magis voluntarium. Re enim perempta, quæ nihilominus adhuc debeatur, deferre iuſiurandum actori de vera tantum rei æſtimatione neceſſitatis eſt, ubi illi aliter conſuli non poſſit. Quod fit in eo iureiurando, de quo nunc agimus, ut poſtea declarabitur: deferre autem actori, ut litem arbitrio ſuo æſtimet, idque ſupra rei pretium, quod fit in priore iureiurando, voluntatis eſt, & pœnæ, non ullius neceſſitatis: cum intra veram æſtimationem conſiſtendo, id eſt, id quod ei abeſt ſarciendo, non minus rem ſalvam habe-

ſequitur, ea ratione nititur, quod res ſibi non æque fuerit peritura. Unde apparet affectionem eius ſingularem ac peculiarem ad rem ſpectari non poſſe, ſed commune potius ac formale pretium. Quæ enim affectio ultra rei pretium, in rem quam acceptam ipſe venalem habiturus. Nam ſi diserit actor ſe Stichum, ex. gr. qui mortuus eſt poſt moram, amaſſe, vel fundum, qui inundatione aut chaſmate periit. vid. *d. L.* 47. *§. ult. de L.* 1. ob certas cauſſas maioris ex affectione æſtimare, quam alius; eo ipſo oſtendet ſe Stichum aut fundum eum non retenturum, ideoque ipſi certo periturum fuiſſe. Quæ profeſſio non tantum iuſiurandum in litem affectionis excludit, ſed immo veræ etiam ac iuſtæ æſtimationis petitionem. Atque his cum fulcrum ſententiæ Fabrianæ ſubvertatur, reliqua per ſe corruunt, quibus qui hæc menti infixerit levi negocio occurret. Non poteſt ſolum, ſed debet hic æſtimatio referri ad tempus quo res exſtitit, atque ita neceſſe eſt. Ponamus (ne litem liti implicemus) quod controverti alias poteſt & ſolet, in ſtrictis iudiciis quoad æſtimationem litis conteſtatæ tempus ſpectari; ſed ſupponendi erunt termini habiles, ſubaudiendumque ut alias ſemper, ſi modo poſſit; ſi ratio alia iuris vel naturæ non obſiſtat. Sicuti hic natura impedit ſpectari valorem rei tempore quo non exſtat. Dicit Faber ex hac ipſa neceſſitate & alias æſtimandi impoſſibilitate recurri ad iuſiurandum hoc affectionis. Retorqueo. In hoc iureiurando fit æſtimatio, ſi non rei ex affectione (quod dicitur *L.* 1. *h. t.* ſed impugnat Faber vocula *ex* delata, vid. *C. præced. N.* 8.) ſaltem (dicente id Fabro) affectionis ad rem. Et fingitur, poſtquam iuratum eſt vel tanti rem fuiſſe vel tanti intereſſe partim peculiariter, partim ex affectione quanti iuratur. Non igitur ratio temporis habenda, quo res non exſtat, nec affectio alio tempore conſiderari poteſt, quam quo res adhuc fuit. Quis enim afficiatur erga rem quæ non eſt; qui, ſodes, iurari poteſt in litem ex affectione præſenti. Nam immo etſi de præterita affectione obiiciat aliquid adverſario, non tam illi quam ſibi ſuæque intentioni adverſatur per ſupra dicta. Quod ſi dixerit ſe diſtracturum fuiſſe rem acceptam, nonne inde efficitur contentum eſſe debere, ſi id pretium accipiat, quod ab alio emptore accepturus. Nonne in hoc ſatis ſuperque indulgetur actori, quod probare eum non oportet, quanti potuerit res venire; ſed eius aſſertioni, iuratæ licet, in cauſſa ſua fides habetur. Ex his liquido iam apparet, tantum abeſſe, ut re fataliter perempta confugere neceſſe ſit ad iuſiurandum affectionis, ut nec alii quam veritatis iuramento locus eſſe poſſit, etiam in bonæ fidei iudiciis, etſi maxime doloſa mora fuerit, de quo *infra N.* 6. Nihil obſt. verba *non poteſt d. L.* 5. *§. ult.* Nam reſp. patet ex iis quæ Don. *ut in medio h. Cap.* ibi: & *Ratio d. §. ult. &c.* Quæ & convincunt falſum eſſe, quod Faber vult æſtimationem præteritam rei peremptæ perinde ſciri poſſe, ac ſi exſtaret. Nam immo hoc caſu ex collatione cum aliis rebus eiuſdem & ſpeciei & bonitatis, quæ eo tempore de quo quæritur venditæ, ſcitu facilius, quanti & hæc venire potuerit. Perempta ea, etſi de ſpecie ex. gr. equo, ſervo, certi ſimus, non ita facile de qualitate & bonitate, ut Donellus hic, cum equus & ſervus alius 10. alius 100. florenis venire poſſit. Neceſſitatis hoc iuſiurandum dici poſſe non diffiteor, in quo nec Donellus repugnat. Non minus tamen verum eſt, apte veritatis dici: quin ita melius conſtit oppoſitio alterius ſpeciei. Hoc nego abſolutam impoſſibilitatem probandi æſtimationem requiri. Quidni enim ſumma difficultas efficiat, ut neceſſarium hoc videatur, ſine quo nempe, probatione defecti plerique actores commodo litis exciderent, reis impune moram laturis. Nonne haud abſimili ratione neceſſarium iuſiurandum dicitur, quod vulgo ſuppletorium, de quo *Commentar. in Tit. Digeſtor. de iureiur. Cap.* 11. Denique ex iis quæ Don. *hic* profligatur Fabri opinio & omnino ex *L.* 9. *h. t.* verbis: *tanti rem fuiſſe*, non dicitur *ſe habuiſſe ex affectione*, *&c.* Male itaque Faber non audiri probationem contrariam. Contra vid. *C. ſeq. N.* 11. 12.

3) Quod ex iiſdem LL. confirmat Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 1. Attamen in ſpecie *L.* 3. *h. t.* puto affectionis iuramentum præſtari, ſi alia eius requiſita concurrant, vid. *not. C. præced. N.* 7.

habere potuerit. Unde & præcipue dicitur hoc iureiurando contumacia rei puniri. *L. tutor*, §. 1. *D. h. tit.* Potuit autem pœna omitti, ut nihilominus actori conſuleretur.

III. Ait Marcianus, iurari *interdum*; quod explicat his verbis: *Veluti*, inquit, *ſi promiſſor Stichi moram fecerit, & Stichus deceſſerit*. Dixit, *veluti*, ut intelligeremus ſub una ſpecie res omnes eiuſdem generis ac ſimiles accipere nos debere, ut ſit, cum exempli cauſſa aliquid dicitur, *L. 1. §. quod vulgo, D. unde vi*. Atque hoc modo hic & de promiſſore, & de Sticho, & de mora, & de morte loquitur. Nam etſi debeatur quid non ex promiſſione, ſed ex alia cauſſa, puta ex teſtamento, idem eſt, ut declaratur in *L. 6.* ſeq. Unde & regula antea generaliter de actione ſtricti iudicii concepta, Idem, ſi non Stichus, ſed alia res debita perierit: Idem ſi non ex mora, ſed ex alia culpa debitoris. Et in ſumma intelligimus duas [4] res in univerſum eſſe, quæ coniunctim hoc Iusiurandum in actione ſtricti iudicii inducant; culpam debitoris, quæ perpetuavit obligationem, & interitum rei debitæ. Quæ cur duo hic exigantur, & ſimul coniuncta cur ad hoc proſint, cognoſcendum eſt. Primum moram, aut culpam debitoris intervenire oportet; quoniam ſi prius res pereat, quam per debitorem factum ſit, quo minus daret, iure liberatur. *L. ſi ex legati, D. de verbor. obligat. L. quod te, D. ſi cer. pet.* Et quidem ita, ut nec æſtimationem debeat. *L. in ratione, §. incertæ, D. ad L. Falcid.* ut propterea iuriiurando locus eſſe non poſſit. At mora facta perpetuatur deinceps obligatio; ut quamvis res pereat poſtea, nihilominus tam teneatur debitor, quam ſi res exſtaret. *d. L. ſi ex legati. L. ſi ſervum, §. ſequitur. L. nemo, D. de verbor. oblig.* Unde & re perempta etiam nunc de æſtimatione ſupereſt actio. *L. in re, D. de cond. furt.* Idem eſt, ſi culpa debitoris res perierit, *d. L. ſi ſervum*, in pr. & §. 1. & culpa quidem etiam ſine dolo, *d. L. §. ſequitur*. Exigitur hic præterea, ut res perierit, ut exemplum allatum oſtendit in *d. §. plane*, & *L.* ſeq. *alias*. Ubi verbum, *Alias*, non poteſt referri niſi ad conditiones prius comprehenſas, quæ ſignificantur ideo eſſe adiectæ, quia *alias*, id eſt, extra has conditiones in his iudiciis non iuratur in litem.

IV. Et ratio huius rei in *d. §. plane* reddita eſt: *quia iudex ſine delatione iurisiurandi, æſtimare non poteſt rem, quæ non extat*. Sic enim [5] legendum eſt; non ut in Pandectis Florentinis, *ſine relatione iurisiurandi*: iudex enim, non alius, Iusiurandum in litem defert. *L. tutor, D. hoc tit.* at iudici certe nemo defert, ut dici poſſit iudicem id referre. Sed cur non poteſt iudex ſine delatione iurisiurandi æſtimare rem quæ non extat? Id vero aperte falſum eſt, ſi quis de eo, quod natura fieri poteſt, interpretetur. Poteſt enim actorem cogere, ut probet rem tanti eſſe, quanti dicit, aut affirmanti credere. Sed hoc ſic accipiendum eſt, ut non poſſit iure, atque ex officio iudicis; quia non poteſt ſine iniuria actoris aut debitoris. Actoris, ſi probationem exigat ab invito. Sic enim eveniet, ut actore non probante reus abſolvi debeat: at re amplius non extante, æſtimationis eius aut difficilis, aut potius nulla legitima probatio eſt. Quibus enim inſtrumentis ea demonſtrari poſſit, aut quibus facile teſtibus? Neque enim inſtrumenta de rei æſtimatione confici ſolent, neque teſtes reperias, qui rem cum extaret viderint,

4) Vulgo DD. duo requirunt. (1) Dolum præteritum (cum iuſiurandum affectionis fere præſtetur ob dolum præſentem.) (2) Difficultatem probationis Menoch. *Arb. Caſ.* 208. Io. Bapt Plot. *h. Tr.* §. 4. *n.* 20. *&* §. 26. *n.* 1. & refert A. Fab. 16. *Coniect.* 13. Unde & huc refertur iuſiurandum Zenonianum *L.* 9. *C. Unde vi*. Menoch. *d. loc. n.* 3. *& ſeqq.* item quod præſtatur contra tutorem vel adminiſtratorem qui non confecit librum rationum, Plot. *d.* §. 4. *n.* 85. *&* §. 9. *n.* 28. Menoch. *d. loc. n.* 16. *& ſeqq.* Munnoz *de Ratiocin.* C. 9. *n* 26. *& ſeqq.* contra fiduciarium heredem, & uſufructuarium omnium bonorum inventario non confecto, Plot. §. 26. Quin Duaren. *h. t. n.* 52. quoties de eo, quod intereſt, quæritur, cuius probatio difficilis *L. ult. de præt. ſtip.* hoc iuſiurandum deferri putat. Sed ita ut Don. *hic* Borch. *h. t.* C. 2. *n.* 2. *&* 3. *&* C. 5. *n.* 14 ubi & ob levem culpam iuſiurandum veritatis præſtari, quia eius ſpecies ſit mora. Neque aliud puto mora poſt iudicium acceptum commiſſa. Tametſi DD. vulgo qui docent ex dolo quandocunque etiam ante ſententiam commiſſo, ſi iuncta ſit difficultas probationis, iuſiurandum hoc deferri, inſectetur A. Fab. 17. *Err. Prag.* 6. Namque, ait, ſi poſt iudicium acceptum res perempta, citra iuſiurandum hoc iudex æſtimare poteſt rem perditam, inſpecto ſcilicet tempore litis conteſtationis. Siquidem etſi extaret non alius temporis, quam quo lis conteſtata eſt, æſtimatio deberetur, quæ ſciri perinde poteſt re perempta *L. pen. de cond. tritic.* Nec etiam difficultas quantacunque, ſine tamen impoſſibilitate, iuriiurando huic in ſtrictis iudiciis locum dat, niſi forte in unica ſpecie *L. 9. C. Unde vi*, odio violenti poſſeſſoris. Ubi tamen novum iuriſiurandi genus a Zenone inducitur, non de æſtimatione rei debitæ, ſed probanda quantitate rerum per vim ſubreptarum. Sed ad hoc facilis Reſp. ex *not. C. præced. N.* 2. verſ *Ponamus* (*ne litem, &c.*) Spectetur ſane, eſto, eius temporis æſtimatio. Aſt ſi res periit antequam æſtimaretur, maior ratio deferendi huius iuriſiurandi actori quam difficilem eiuſdem probationem ex mora Rei iniungendi &c.

5) Quomodo & legit A. Fab. *Lib.* 16. *Coniect. & Decad.* 18. *Err. Prag. paſſim*, nulla mentione correctionis, Et ita in editione Pariſienſ. an. 1527. & aliis.

rint, aut curioſius, quanti eſſet, obſervarint; aut etiam meminerint. At iniquum eſt, moram & culpam debitoris actori nocere. *L. in condemnatione, §. unicuique. L. factum, D. de reg. iur.* Reo iudex iniuriam faciet, ſi neceſſitate probandi actori remiſſa (ut debet) nudam eius æſtimationem volet ſeqni ſine delatione iurisiurandi: quia cum poſſet actorem ſine iniuria obſtringere religione iurisiurandi, ne falſum diceret, & hanc veluti probationem a reo exigeret, maluit eum abſolute in cauſſa ſua facere iudicem, quod cum genere ipſo iniquum ſit, nunquam quoad eius fieri poterit, eſt admittendum. *L. Iulianus ait, D. de iudic.* ut in hac cauſſa non eſt, iniquum, ubi iuſiurandum ante delatum accedit; cum aliter actori conſuli non poſſit, & huic delationi culpa debitoris cauſſam dederit; & rurſum aliter reo conſuli non poteſt, niſi delato actori iureiurando. Ex quo intelligimus illam neceſſitatem huius iurisiurandi deferendi, propter quam nimirum in litem iurandum eſſe Marcianus dixit, non, Iurari.

V. Hoc loco diligenter monendi ſumus, quod hactenus diximus de re quæ periit in totum, ut ſit cum Stichus deceſſit; idem admittendum eſſe, & in re deteriore poſt moram facta, ut iuretur hic & de æſtimatione, quatenus res deterior facta eſt. Nam & id quod eatenus periit, non extat, nec magis poteſt nunc æſtimari ſine iureiurando, quam ſi res omnino periiſſet. Et vero quod ius eſt de toto, idem & de parte intelligendum eſſe placuit. *L. quæ de tota, D. de rei vind.*

VI. Ad extremum non eſt prætereundum, quod Marcianus ait, hæc ſtatui non in actione ſtricti iudicii, *ſed & in actione ſtricti iudicii:* qua coniunctione admonemur, quod hic actionibus ſtricti iudicii tribuitur, ita his tribui, ut ſit etiam cum aliis commune. Atque hoc voluit intelligi, ſi quid ex bonæ fidei, aut arbitrariis actionibus præſtandum ſit, quod itidem poſt moram debitoris poſſeſſoriſve perierit, non minus: atque adeo multo magis etiam in his [6] eodem modo iurandum eſſe, ut in quibus & eadem æquitatis ratio, & natura actionum plenior, evidentius idem ius deſiderent. *§. in bonæ, & §. præterea, Inſtitut. de action.*

VII. Sed non ut omnium actionum commune eſt, ut in his iuretur in litem, cum res poſt moram periit: ita eſt omnium commune, ut in his non iuretur, ſi adhuc res exſtabit. Solum actionum ſtricti iuris hoc proprium eſt, ut in his re extante nunquam in litem iuretur. Diverſum eſt in bonæ fidei iudiciis, & arbitrariis, in quibus utcumqne dolo adverſarii fiat, ut res non reſtituatur, quantumvis extet, iuratur in litem, & quidem ita, ut rei æſtimatio arbitrio domini ſubiiciatur: huic enim iuriiurando in contumacia rei locus eſt. *L. 1. L. 2. §. 1. L. 1. tutor, D. h. titu.* non eſt autem contumacia, niſi, cum qui reſtituere rem debet, & poteſt, is non reſtituit. *L. contumacia*, in fin. *D. de re iudic.*

VIII. Actionem autem ſtricti iuris hic intelligere debemus etiam eam, quæ ex delicto oritur, veluti condictio furtiva, vel ipſa furti actio: de qua poſteriori tantum accipienda eſt [7] *L. cum furti, 9. D. h. tit.* ſcribit enim illic Iavolenus, tanti rem æſtimandam eſſe, quanti fuit, cum furtum factum eſt. Atqui ſi de re condictione furtiva ageretur, ut illic accepit Accurſius, æſtimatio fieret eius temporis, quo res unquam plurimi fuiſſet, poſtquam furtum factum eſt. *L. in re, §. 1. D. de cond. furt.* Cur non igitur & in actione furti, cum res æſtimanda eſt, idem dicimus? Differentiæ ratio eſt, quod in condictione res furtiva petitur, quod quia omni-

6) Ita & Borch. *h. t. C. 4. n.* 80. Plane A. Faber ſicuti in ſtrictis ex mora iuſiurandum affectionis admittit ut *ſupra N.* 2. ita ex eadem in iudiciis bonæ fidei 16. *Coniect.* 13. *&* 17. *Err. Prag.* 6. *ac* 10. ſi res ante litem conteſtatam periit. Nam hoc, arguit, commune omnium iudiciorum tempus litis conteſtatæ ſpectari ex ipſiſſima iuris ratione, licet in bonæ fidei iudiciis id non ſpectetur præciſe, ſi vel moræ vel condemnationis tempore res pluris fuerit. Quare cum potuerit æſtimatio augeri uſque ad tempus rei judicandæ, & per moram factum, ne creſceret: non debet illa efficere quo minus præſens æſtimatio debeatur. Qualis autem ſit, re perempta, non magis a iudice in his, quam in ſtrictis iudiciis conſtitui poteſt. Verum omnino puto, nec in bonæ fidei iudiciis alii quam veritatis iuriiurando locum eſſe, quoties res caſu fatali periit, etſi dolo Rei factum, ne citius reſtitueretur. Quippe nec hic affectio ſpectari facile poteſt, cum ſi certum foret rem ipſi actori quoque perituram, ne veram quidem is æſtimationem conſequeretur *L.* 14. *§. ult. Depoſ. & ſimilib.*

7) Borch. *h. t. C. 4. n.* 78. Gœd. *ad L.* 192. *de V. S.* A. Fab. 17. *Err. Prag.* 5. Qui in eo errare videtur, quod *d. L.* 9. de iureiurando affectionis accipit, & ideo ad condictionem furtivam non pertinere, quia in hac illi iuriiurando non locus ſit, niſi eo caſu quo res poſt moram perit. Confer. *ſupra* ex Fab. *N.* 2. Nunquid igitur in actione furti pœnali indiſtincte ex affectu iurabitur. Id conſequens equidem. Verum qui vel *L. 5. pr.* vel iuris rationi conveniat, non video. Ne dicas & hic rationi locum eſſe, ne cogatur dominus re ſua carere, ac iuſto pretio eandem vendere, ut A. Fab. *d. loc.* Nam ei immo magis locus in condictione furtiva, quæ veluti ex cauſa dominii datur, & actio furti ſæpiſſime datur non domino, cuius quoquo modo vel ratione intereſt. Denique quadrupli verum pretium diſerte docet *L.* 50. *pr. de furt.* quæ perſpicue Fabrum refellit. Alii de condictione furtiva *d. L.* 9. accipiunt ut citati *ſupra Lib.* 21, *C.* 3. *N.* 15. De utraque accipi poterit, ſi ſpectetur principalis ibi quæſtio non de tempore iuxta quod æſtimatio, ſed an aditei debeat eo pluriſve, add. not. *h. C. N.* 2. *ſub fin.*

omnibus temporibus debetur, ideo ex omnibus temporibus æſtimanda eſt pro arbitratu & commodo petitoris. In actione autem furti non res petitur, ſed furti pœna; quam æſtimari oportet ex eo tempore, quo furtum factum eſt. Actio enim furti, quæ hanc pœnam perſequitur, iure propoſita eſt ei, *cuius interfuit rem non ſurripi, L. cuius*, 10. *D. de furt.* hæc verba ad id quod intereſt eo tempore, quo furtum factum eſt, non obſcure referuntur: ſed obiiciet aliquis, in actione furti non recte nos dicere in litem iurari, cum ea ſit actio de pœna furti, non de re furtiva, cuius de æſtimatione in hoc iureiurando quæritur. Dicimus ſic actionem de pœna eſſe, ut non eo minus in eo iudicio & res furtiva æſtimanda ſit. Petitur enim ea actione duplum aut quadruplum. Id quantum ſit, intelligi non poteſt, niſi prius conſtiterit, quanti ſit res furtiva, ideſt, ſimplum, quod duplandum aut quadruplandum eſt. Quod ſi hic res æſtimanda eſt; etiam de ea æſtimatione [8] iuſiurandum locum habebit.

8) Ita Borch. *d. C.* 78. Et in hoc convenit A. Fab. 17. *Error. Prag.* 5.

C A P. X I.

Quæ ſit vis iuriſiurandi in litem, quibus conditionibus id ſervandum. De periurio.

Servari oportere iuſiurandum in litem, ſi modo duas habeat conditiones. I.

1. *Si actor non alio a reo, ſed iudice deferente iuraverit: quid ſi a reo ex culpa deferatur actori in id quod eius intereſt.* II.

Si tamen cum reus actori detulit, eo iureiurando teneri velit, idem & a iudice ſervari neceſſe eſt. III.

2. *Etſi actor & in immenſum iuravit; ſed tamen modum in eo non exceſſit a Iudice præfinitum. Iurare in immenſum quid ſit; & quatenus iudex hoc quod iuratur ſequi debeat.* IV. VI.

An, & quando Iudex poſſit iuriiurando in litem taxationem adiicere: quæ vis huius taxationis; & qua diſtinctione tota finiatur hæc quæſtio. V. VI.

Sive nec *iudex a ſe delatum iuſiurandum minuit aut reiecit ex magna cauſſa: quæ ſit talis.* VII.

An poſteriori huic exceptioni fuerit iure noviſſimo derogatum. VIII.

Exponitur. L. de periurio 11. D. de in lit. iur. IX.

Iuſiurandum in litem, ſi periurium habet coniunctum, poſſe ex cauſſa retractari ſolum illud quo quanti res eſt æſtimatur. X. IX.

I. NUnc de vi iuriſiurandi in litem dicendum eſt. Vis eſt in eo, ut ſervari debeat, ut ſi & de alia re inter litigatores iuratum eſſet, ſed ſuis conditionibus. Hæ duæ ſunt, Una, ſi actor deferente iudice iuraverit. Altera, ſi taxationem iudicis non exceſſerit.

II. De priori condirione ſic Ulpianus ſcribit in *L.* 4. *videamus*, §. *deferre*, *D.* h. tit. *Deferre autem iuſiurandum, iudicem oportet: cæterum ſi alius detulerit iuſiurandum, vel non delato eo iuratum ſit: nulla erit religio, nec ullum iuſiurandum: & ita conſtitutionibus expreſſum eſt Imperatoris noſtri, & divi patris eius:* hæc ille. Et ſiquidem alius deferat, quam reus, expeditum eſt, quod dicit nullum eſſe iuſiurandum: at reo deferente, cur ei iuſiurandum non noceat? Movet, quod aliud omne, quod non eſt in litem, adverſus eum qui detulit, ſervari placet; non quod non ſit in litem, ſed quia, ut iuris auctores tradunt, proficiſcitur ex conventione, & ſpeciem tranſactionis continet: ideo ſervandum propter religionem, & conventionem, ſeu tranſactionem. *L.* 2. *L. ſed etſi ſervus*, *L. qui iuraſſe*, *ſeq.* §. *ult. L. admonendi*, *D. de iur.* Et quod idem valet, quia æquum eſt adverſus eum cuſtodiri, qui contentus eo, cum deferret, fuir *d. L. qui iuraſſe*, in princip. Concurrunt hæc omnia etiam in eo iureiurando, quod in lirem a reo defertur: cur ergo non ſervabitur? Quia iuſiurandum aliud omne, quod ſervari diximus, interponirur de re ad litigatorem omnino pertinente. In iureiurando hoc in litem etiam res iudicis agitur. Adhibetur

enim, ut puniatur contumacia non reſtituentis, aut non exhibentis. *L.* 2. *§.* 1. *L. tutor*, *D. hoc titulo*. Hæc contumacia adverſus iudicem committitur, cui iubenti non paretur. Merito igitur iuriſiurandi delatio ut in re maxime iudicis, arbitrio eius & poteſtati permittitur. Ex quo intelligitur non idem eſſe in alio illo iureiurando in litem, quod ex culpa defertur actori in id quod eius intereſt; ad id iuſiurandum ſuperior definitio non pertinet, nec quicquam prohibet, quo minus reus recte id deferat, & cum detulerit, adverſus eum ex generali regula edicti ſervetur. *L.* 5. *D. de iureiur.* Quod ſemper ita accipiendum eſt, dummodo reus præſente iudice id deferat, ut in omni iudiciali iureiurando fieri debere præcipitur in *L. generaliter*, *§. omne igitur*, *C. de reb. cred.*

III. Sed & illud quod de priore iureiurando in litem dictum eſt, nullum eſſe id insiurandum, ſi reus detulerit, non iudex; ſic accipiendum eſt, ut nullum ſit, ſiquidem reus, poſtquam iuratum eſt, eo [1] teneri nolit; cæterum ſi velit, conſentiatque, ut in eam æſtimationem ſententia feratur; non eſt in poteſtate iudicis id non ſequi, quaſi ipſe iuſiurandum non detulerit: quoties enim inter litigatores convenit, quid pronuncietur, iudicis officium eſt eiuſmodi ſententiam proferre. *L. ſi convenerit*; *§. de re iudic.* Nec contrarium eſt quod in *d. L.* 4. *§. deferre.* dicitur, nullum eſſe iuſiurandum: neque enim tam iuſiurandum hic iudex ſequitur, quam poſteriorem conventionem.

IV. De altera conditione videamus. In quo quæritur, an iudex tanti reum condemnare debeat, quantum petitor in litem iuraverit, etſi in immenſum iuraverit; an vero ſit in poteſtate iudicis, id iuſiurandum non ſequi. Sententia ſumma Ulpiani eſt in *d. L.* 4. *§. iurare*, & *§. ſequen.* Si quis deferente iudice iuraverit in litem, quanvis in infinitum, iudicem tamen id ſequi debere, niſi aut is modum ſtatuerit, ad quem uſque iuraretur, & actor hunc modum exceſſerit; aut magna aliqua cauſſa id non ſequi ſuadeat: ut conſtet locus definitione una, cui adiunctæ ſint duæ exceptiones. Ait ergo, iurare in infinitum licet: id poſtea dicit, in [2] immenſum, id eſt, in eam ſummam, quæ longe rei pretium, ac pene modum in eo excedat: certa ſit tamen, & pronunciatione finita, non incerta: iudex enim certam ſententiam ferre debet. *§. iurare*, *Inſtitut. de offic. iudic.* Nam infinita hic dicitur, non quod pronunciatione finita non ſit; ſed quod verbis legis ſit infinita: quoniam quibus legibus de hoc iureiurando cautum eſt, certa quantitas non adiicitur, ad quam uſque iuretur: ſed ſine ulla præfinitione iuris, licet in hanc aut illam ſummam iurare. *L. arbitrio*, *D. de dolo.* Quod ait Ulpianus ita iurare licere, ſignificat ita licere, ut cum iuratum fuerit, iuſiurandum ſervandum ſit, & iudex id ſequi debeat: idque ſignificat in *§.* ſequen. ubi definit, magis eſſe, ut iudex poſſit hoc iuſiurandum non ſequi, ſed ex magna cauſſa: niſi igitur hæc magna cauſſa ſit, ſequi cogitur. Quod ipſe idem apertius expreſſit in *L. qui reſtituere*, *D. de re. vindic.* cum ait, ſi poſſeſſor dolo fecerit, quominus poſſet rem reſtituere, damnandum eum eſſe, quantum adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum iuraverit. Ut quanvis exceſſerit actor duplum rei petitæ, aut triplum, atque adeo quadruplum; tamen non dubia ſit ſententia Ulpiani, iudicem niſi quæ magna cauſſa prohibeat, id ſequi oportere. Neque id [3] mutavit conſtitutio Iuſtiniani. *L. un. C. de ſenten. quæ pro eo quod int. prof.* Non enim hoc iuſiurandum eſt in id quod actoris intereſt, cui modum illa conſtitutio præfinivit, ſed quanti actor rem æſtimet, idque pro arbitrio & ex affectu; quæ res inter ſe ut contrariæ opponuntur. *L. tutor*, *D. hoc tit. L. non a iudice*, *D. de iudic.* Sed & in hoc iureiurando contumacia non reſtituentis punitur. *d. L. tutor.* cum hoc expe-

1) Duar. *h. t. in poſter. Comm. C.* 4. ita: Si ſimpliciter reus detulit, non ſic intelligimus, quaſi inter eos hoc convenerit. Sed ſi appareat id conſeniſſe, ut tanti condemnetur reus, ſi iuret actor, id ſervandum. Recte. Tune enim, opinor, non pro iureiurando in litem, ſed deciſorio habendum eſt. Sed & acceptando iudicem deferre videri. Plot. *h. Tr.* §. 50. *n.* 2.

2) Hæc pro iiſdem habet Donell. & Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 16. Sed rectius puto Duar. *h. t. n.* 27. *in priorib. Comm. & in poſterior. C.* 4. quod infinitum hic, non ἄπειρον, nec idem quod *d.* §. 2. dicitur immenſum, ſed ἀόριστον indefinitum, alterum. Sic Cicer. 4. *Top.* Quæſtionum duo genera: Alterum infinitum, alterum definitum. Sic *in L.* 91. *de condit. & demon. L.* 13. §. *ultim. de dam. inf.* Diſtincta igitur Infinitum ſine præfinitione, non tamen ſine modo: & immenſum, ſine modo & menſura, cum affectioni nimium indulgetur. Obrech. *Diſp.* 12. *de R. V. P.* 1. *C.* 9 *n.* 435. *&* 2. *ſeqq.* add. Bronch. 1. *Miſc.* 61. Coraſ. *ad L.* 5. *h. t. n.* 20. A. Fab. 16. *Coniect.* 17. *&* 18. *Err. Pragm.* 10. *& not. ſupra Lib.* 6. *Cap.* 20. *N.* 1.

3) Ita contra Bart. & DD. vulgo Duar. *h. t. n.* 27. *& ſeq.* tum quia nec æquum eſt, cogi aliquem rem ſuam duplo iuſti pretii vendere, tum quod plurimum differat id quod intereſt, *d. L. un.* ab eo de quo in litem iuratur, *L.* 64. *de iudic.* Ac confirmat Coraſ. *ad L.* 5. *h. t. n.* 20. *verſ. verum ſumpere &c.* Diſſ. Io. Bapt. Plot. *h. Tr.* §. 49. *n.* 45.

expedit metui delicti pœnam: *L. ſi unus, §. pacta, D. de pact.* tum vero lex Iuſtiniani ad caſus incertos, in quibus ſunt delicta, non pertinet, ut illic docuimus. Nunc exceptiones videamus.

V. Prior exceptio eſt, licet in infinitum iurare, ut ſervetur iusiurandum, niſi iudex modum ſtatuerit iuriiurando, ad quem uſque iuretur: tum enim ultra iurare non licet. *L. ſi quando, C. unde vi.* Et ſi iuratum ſit, hactenus nullum eſt iusiurandum, quaſi nec delatum. *d. L. 4. §. deferre.* Sed repugnare videntur leges & edicta de hoc iureiurando: in quibus nullus modus adiicitur, nulla certa quantitas. *L. arbitrio,* in prin. *D. de dol. L. tutor, D. hoc tit. L. ſi filiofamilias, §. 1. D. ſol. matrim. L. ſi cum dot, §. ult. D. rer. amot.* Ulpianus contra ut probet poſſe iudicem modum huic iuriiurando ſtatuere, utitur hoc argumento, quod iudex poſſit a principio nec iusiurandum deferre: quod & dicitur in 4 *L. 5.* ſeq. *D. h. tit.* Quod ſi verum eſt, recte colligit: nam qui poteſt non deferre in totum, multo magis poteſt pro parte non deferre. Pro parte autem tantum iusiurandum in litem non defertur, cum taxatio iuriiurando adiicitur. *Sed & arbitrio bonæ fidei iudicis*, inquit, *hoc congruit*. Neque obſtat, quod idem Ulpianus in *d. L. qui reſtituere*, definit: non enim illic dicit reum damnandum ſine ulla taxatione: ſed reum damnandum, *quantum adverſarius ſine ulla taxatione iuraverit*; ut hæc verba 5 *ſine ulla taxatione*, non ad iudicem damnantem, ſed ad adverſarium iurantem referantur. Sic enim res habet, ut cum iuravit actor ſine ulla taxatione, id eſt, nulla taxatione a iudice præfinita, iudex hoc ipſum ſequi, & tanti reum damnare debeat, *d. L. qui reſtituere*. Aliter atque ſi taxationem in deferendo adiecerit. *d. L. 4. §. iurare*. Sed enim, aiunt, ex hoc ipſo loco colligitur, poſſe iudicem non ſequi iusiurandum, cui nullam antea taxationem adiecerit. Dicitur enim in hoc *§. iurare*, generaliter poſſe eum taxationem adiicere, nec diſtinguitur quo tempore: ergo & poſtquam iuratum eſt, taxationi iudicis locus erit, *arg. L. de pretio, D. de public. cum ſimilib.* quod & vulgo 6 interpretes admiſerunt. Sed repugnant Ulpiani verba & ſententia in *d. §. iurare*, & §. ſeq. ait enim, iudicem, qui iusiurandum detulit, non poſſe non ſequi id, *niſi ex magna cauſſa, & poſtea repertis probationibus*: loquiturque non obſcure de eo, qui aut nulla taxatione præfinita iuravit, aut præfinita quidem, ſed conſtitit intra taxationem, ut si iusiurandum minuendum ſit poſtea, non poſſit minui ob præcedentem taxationem adiectam. Hoc autem ait, iudicem minuere aut reiicere non poſſe, & ſolum magnam cauſſam, ac repertas poſtea probationes excipit. Nec moveri debemus quod generaliter de taxatione iudicis loquatur: nam neque verbum taxationis generale eſt, ut ad poſterius quoque hoc tempus pertineat: & ſi pertineret; non eſt tamen hæc mens Ulpiani, ut ad id referri debeat. Taxare non eſt minuere, id quod factum eſt, ſed 7 modum ſtatuere rei futuræ: & ut Feſtus ſignificat, *Lib. 17.* taxatio eſt, cum quid alicui faciendum permittitur, ſed certo præſtituto modo, ad quem uſque illi in eo progredi liceat. Ait enim taxationem dictam, cum arbitro præſcri-

4) *L. 3. §. 2. ad exhib.* Menoch. *Arb. Ca.* 207. *n.* 29. Borch. *h. t. C. ult. n.* 2. & DD. communiter, Diſſ. Ant. Fab. & ex parte Coraſ. ac Vital. *ut N. ſeq.*

5) Aliter DD. vulgo reſpond. ſine taxatione illa ſcilicet quæ fiat a lege, non autem ſine ea, quæ iudicis arbitrio commiſſa, & Pac. 3. *Enant.* 88. Bronch 1. *Miſc.* 61. Borch. *h. t. C. ult. n.* 1. Quam diſtinctionem reprobat Vital. 1. *Var. Lect.* 21. putans taxationi huic iudicia locum eſſe, non in omni iureiurando in litem, ſed ubi reſtituere iuſſus, dolo poſſidere deſiit, ut *d. L.* 68. quem gravius coerceri putat ob dolum poſt condemnationem commiſſum, ne iudicato pareret, quam ſi ante commiſiſſet. Et ita *d. L. 4. § 2. L. 5. § 1 h. t.* de dolo diverſo tempore admiſſo accipit. Sed male. Et ſi eodem collimet Coraſ. *ad L. 5. h. t. n.* 10. Nam & *dd. LL.* indefinite loquuntur & *ex L. 1. & 2 h. t.* appares hoc titulo præcipue de iureiurando ob contumaciam non reſtituentis, cum poſſet, tractari. Audentius A. Fab. 16. *Coniect.* 17. *&* 18. *Err. Prag.* 10. qui *d. L. 4. §. 2. a verb. ſed an iudex. & §. ſeq.* 3. itemque *d. L. 5. §. 1. & 2* pro Triboniani ineptis additamentis venditat, nullam taxationem iudicis agnoſcens, cum nec citra eam immenſum iura permittant iurare, aut rem valoris 50. mille ex gr. æſtimare. taxationem hanc ignotam mediæ iurisprudentiæ primum a Zenone inductam, *L. 9. C. unde vi*, in iurisiurandi ea ſpecie, cuius longe alia ratio ſit. Plura id genus proferet, quæ profligare non nimiæ operæ foret, ſi pretium operæ videretur. Quem vero cordatiorem turbabit hæc Fabri argutatio. Si iudicis arbitrii eſt, ait, taxare quantitatem, non dici poteſt, quonam caſu de periurio quæri poſſit; ſi quidem facta taxatione non poteſt videri peieraſſe, ſi ad permiſſam uſque quantitatem; non facta imputari potius iudici poſſet, cur non taxaverit. Quis item eo moveatur, quod bonæ fidei iudex *d. §.* 2. non concinne dicatur. Immo dicitur ita, ut bonæ fidei debitor, a Symmacho 3. *Epiſt.* 42. & ut Auguſtus bonæ fidei ſe eſſe dixit. Sueton. *in Aug. C.* 42. Quo non tam ad iudicia bonæ fidei, cum non in his ſolis ita iuretur, quam ad officium iudicis, cuius eſt nimiam iniquitatem non admittere, reſpicitur.

6) DD. vulgo & Borch. *h. t. C. ult. n.* 3. Menoch. *Arb. C.* 207. *n.* 30. cum quibus ſentire videtur Robert. 1. *Animadverſ.* 29. *ſub fin.* Tametſi aliud ſtatuant in iuramento veritatis, quia, aiunt, ſi ibi taxatio ſequi poſſet, periurium iurantis detegeretur, quod non accidit in affectionis iuramento, ubi taxatio non peieraſſe arguit, ſed immodicam eum affectionem habuiſſe. Menoch *Arb. C.* 208. *n.* 5. Borch. *d. C. ult. n.* 4. vid. Coraſ. *ad L. 5. h. t. n.* 10. Sed recte Donellus.

7) Vid. Cuiac. 2. *Obſ.* 12. qui oſtendit, ita in contractibus & teſtamentis *taxationes* dici præſcriptiones verborum, quibus oratio coercetur aut dilatatur.

bebatur, quod ius ei eſſet ſtatuendi. Atque hanc vim & ſignificationem eſſe taxationis, quæ iuriiurando in litem adiicitur, aperte declaratur in *L. ſi quando, C. unde vi.* ubi de hac taxatione ita ſcribitur, ut taxatio præcedat, iuſiurandum in litem ſequatur ita, ut actori non liceat ultra taxationem a iudice ante factam iurare. Apertius Iuſtinianus hoc de voce taxationis confirmat *Novel. de iudic. §. oportet*, Scribit enim in hanc ſententiam, ſi iudex victori iuſiurandum de expenſis deferat, ad quantitatem ſcilicet quæ moderata illi videtur, quam leges taxationem vocant, & quæ ſequuntur. Interdum tamen taxatio [8] æſtimationem ſignificat. Ut *L. cum propria*. in fi. *C. ſi quis alt. vel ſibi.* iuncta *L. non ignoret, C. de fruct. & lit. exp.* & in *L. 4. C. de act. empt.* Quæ ſignificatio huc non pertinet. Hæc de verbis: de Ulpiani mente dubitari etiam non poteſt. Ait enim, *ut intra certam quantitatem iuretur*, ut iuretur, inquam, nempe poſtea, non autem ut ante iuratum minuatur. Et continenter: *Ne arrepta occaſione in immenſum iuretur*; Non metuimus, ne in immenſum iuretur, poſtquam iuratum eſt; ſed ante quam iuretur, ubi res adhuc eſt integra, & adverſus hunc metum vult ſuperiorem modum adiici; proinde rebus adhuc integris & ad frenandum futurum iuſiurandum.

VI. Sed nondum hæc ſententia conſtituta eſt: pendet enim Ulpianus ex hac ratione, quod poſſit iudex ab initio iuſiurandum nec deferre, ut & Marciano in *L. 5. ſeq.* at hæc ratio falſa videtur. Primum traditur multis locis conſtanter, cum res petita non reſtituitur; ſiquidem culpa rei, damnandum eum quanti res eſt: ſin dolo, debere rem æſtimari & reum damnari, non quanti res eſt, ſed quanti adverſarius in litem iuraverit. *L. qui reſtituere, D. de re. vind. L. non a iudice, de iudic. L. tutor, D. h. tit. L. ſiliofamilias, § 1. ſol. matr. L. ſi cum dos, §. ult. rer. amot.* Quibus verbis ſignificatur rem non voluntati iudicis permiſſam, ſed ſubiectam iuris neceſſitati, ut quanvis iſta nolit, tamen iure pro officio facere cogatur. *arg. §. curare, Inſt. de off. iud.* Idem probant rationes ſuperioribus locis adiectæ: ideo reus damnandus eſt, quanti in litem actor iuraverit, quia non eſt æquum pretio, ideſt, quanti res eſt, litem æſtimari, vel invitum quem cogi ſuo pretio res ſuas vendere. *L. tutor, D. h. tit. L. ſi cum dos, §. ult.* & *L. non enim, ſeq. D. rer. am.* At extra hoc iuſiurandum nulla eſt æſtimatio, niſi quanti res eſt, ſeu quanti actoris intereſt. *L. non a iudice, D. de iudic.* Non licet ergo iudici hoc iuſiurandum non deferre adverſus contumacem, *& contumacia puniendа eſt*, inquit Marcellus, *& rei pretium arbitrio potius domini ſtatuendum*. d. *L. tutor*, additque ibidem nominatim, id faciendum eſſe *poteſtate petitori in litem iuranti conceſſa*: igitur hoc dicit, debere iudicem hoc iuſiurandum actori deferre. Quid ergo eſt, quod ab Ulpiano & Marciano dicitur, poſſe iudicem hoc iuſiurandum nec deferre? Utrumque recte dicitur, ſed ſuis conditionibus. Non eſt in poteſtate iudicis hoc iuſiurandum non deferre, ſi de facto, quod ſuperioris condemnationis cauſa eſt, ideſt, de dolo & contumacia poſſeſſoris [9] conſtet: ut nec illud eſt in poteſtate iudicis, contumaciam non reſtituentis non punire, aut in hac contumacia pretium rei arbitrio domini non ſtatuere. Utrumque enim iniquum & contra ius. *d. L. tutor. d. L. non enim*, Non licet autem iudici contra quam ius & æquum eſt, iudicare. *Inſt. de off. iud.* in pr. & maxime in his iudiciis, in quibus iuratur in litem, ideſt, in bonæ fidei & arbitrariis actionibus ut ſupra dictum. In his enim poteſtatem quidem liberam iudicandi habet, ut tamen id facere iubeatur ex æquo & bono. *§. in bonæ, §. præterea, Inſt. de action.* Quod ſi de facto, & contumacia ambigitur, aut de ea non ſatis liqueat; ibi valet, quod dicitur, poſſe iudicem non deferre iuſiurandum, ut de facti quæſtione ipſe ſtatuat: quippe facti quæſtio in poteſtate iudicantis eſt, iuris autem quæſtio legis auctoritati reſervatur, ut Papinianus eleganter

8) Unde taxatores, taxatio expenſarum, &c. Alio item ſenſu Sidon. *Lib. 7. Epiſt.* 9 Si urbium ſtatus non tam murorum ambitu quam civium claritate taxandus eſt.

9) Recte. Convenit, Duar. *h. t. n.* 9. & Coraſ. *ad L. in act. 5. hoc tit. n.* 21. Non hoc itaque liberæ & abſolutæ poteſtatis iudicis tanquam a ſententia denegante hanc delationem appellari nequeat, ut volunt Caſtrenſis. Sed ſi pro negotii natura æquum, neceſſitate adſtringitur iudex, *L.* 68. *de R. V. L. 3. h. tit.* arg. a contrario ex verbis: *non oportet*. Nam quæ iudicis arbitrio conceſſa, non in meram eius voluntatem, (uti cum *L.* dicit poſſe iudicem, *L. 40. de iud.*) ſed quaſi bono viro commiſſa intelliguntur, arg. *L. 75. de L. 1. & ſimil.* Quare ſi contra vere contumacem non deferat iudex, appellare licebit, Duar. & Coraſ. *dd. loc.* Sicuti & contra ſ delationem eiuſdem adverſarius recte appellat, Coraſ. *ad d. L. 5. n.* 30. Nec deferendum hoc niſi petenti, nec præſtandum niſi parte adverſa citata, Plot. *h. Tr. §. 50. n.* 7. & 8. Rauchh. *P. 1. Q. 9. n.* 45. Nihil itaque cauſſæ, cur quod de hoc arbitrio habetur, *d. L. 4. §. 2. & L. 5. §. 1.* Triboniano tribuat & tantopere in eum invehat, A. Fab. 16. *Coniect.* 17. Neque pro eo facit *L. ult. h. t.* quam recte Donellus exponit *ad C. ſeq. N.* 3. Aliter Vital. 1. *Var. Lect.* 21, diſtinguit inter iuſiurandum in litem illud, de quo in *L. 68. de R. V.* & aliud.

ter ſcripſit in *L.* 1. §. 1. in fin. *D. ad Turp. L. ordine*, in prin. *D. ad munic.* ſic in *L.* 2. §. *ſi quis iudicio*, *D. ſi quis caut.* ei qui tempeſtate vel vi fluminis prohibitus ſe ſiſtere non potuit, exceptionem dandam eſſe traditur. Hoc tamen ibidem paulo poſt in §. *ſi quis tamen*, ita temperatur, ut dicatur cauſſa cognita eſſe ſtatuendum, non ut quæratur de iure, ſi conſtet eum ſine culpa ſua incidiſſe in tempeſtatem; ſed ut ſtatuatur de facto, num eum poſſet non incidere in tempeſtatem, ipſe ſe artaverit. Licet igitur iudici non deferre iusiurandum in quæſtione facti, dum quæritur an contumacia intervenerit: item licet ei contumacia ipſa comperta & dolo æſtimare, quanta ſit contumacia, & quantus dolus, & ex eo, quod de qualitate facti cognoverit, iurisiurandi quantitatem moderari: neque enim in hac contumacia omnes eodem modo peccant, ſed alii aliis gravius: ſed & ex ſermonibus petitoris animadvertere poteſt iudex, quo ſit affectu actor in hac æſtimatione, & utrum animo ſuum conſequendi, an vero nocendi & ulciſcendi aliqua cupiditate ducatur. Quare erit & hoc iudicis id ipſum æſtimare, & non committere, ut in hoc fervore omnia libidini actoris permittantur. Hoc vero eſt, quod recte in *d. L.* 4. §. *iurare*. Ulpianus dicit, arbitrio iudicis bonæ fidei congruere; addidit *bonæ fidei*; non ideo tantum, quia forte de iudicio bonæ fidei quæſtionem inſtituerat; ſed quia maxime in iudiciis bonæ fidei libera poteſtas permitti videtur iudici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat, §. *in bonæ*, *Inſtit. de act.* Sed non minus & in actionibus in rem, & ad exhibendum, quæ iudicia arbitraria ſunt, hæc poteſtas aut huic proxima iudici tribuitur in §. *præterea*, *eod. tit.*

VII. Altera exceptio illa eſt, qua Ulpianus in *d. L.* 4. §. *item videndum*, ſtatuit, etſi iudex nullam taxationem iuriiurando adiecerit, aut taxatione adiecta intra eum modum iuratum ſit; poſſe tamen iudicem delatum a ſe iuſiurandum non ſequi ex [10] *magna cauſſa*, & *poſtea repertis probationibus*. Magnam cauſſam accipimus, ſiquid emergat poſtea, quo aperte reiiciatur iuſiurandum; repertas autem poſtea probationes eas, quibus id ipſum recte probetur. Magna & iuſta hæc cauſſa eſt, ſi doceatur aut poſſeſſorem non deſiiſſe dolo poſſidere, ut videbatur; aut petitorem non eſſe dominum fundi, ut ſe eſſe intendebat. Horum enim utrumque iuſiurandum excludit, & ſi adverſus ea iuratum ſit, iuſiurandum fit iniuſtum; nam neque iuratur in litem adverſus eum, qui ex culpa poſſidere deſiit, ut eſt in *d. L.* 4. §. *ex culpa*. & ſupra docui; neque ei qui dominus non eſt, aut cuius de iure non agitur, iuſiurandum hoc defertur *L. tutor*, *D. h. t.* Quoniam autem fieri poteſt, ut poſſeſſor in totum per contumaciam rem petitam non reſtituat, interdum tantum pro parte itemque ut petitor rei petitæ in totum dominus non ſit, interdum non ſit duntaxat pro parte; hinc eveniet, quod Ulpianus ſignificat, ut prout de his poſtea conſtiterit, ita iudex iuſiurandum aut in totum, aut pro parte non ſequatur: quod ita fiet, ut ille ſcribit, [11] ut illic quidem iudex reum prorſus abſolvat, hic autem minoris condemnet. Congruit hæc ſententia cum iis conſtitutionibus, quibus cautum eſt iuſiurandum a ſolo iudice delatum, etiam ſententia ſequuta, repertis poſtea novis inſtrumentis retractari poſſe, *L. admonendi*, *D. de iureiur.* Confirmatur maxime in *Novel. de iudic.* §. *oportet*. Ubi ita cautum eſt: *ſi iudex victori iusiurandum de expenſis deferat ad quantitatem, quæ moderata illi eſſe videtur, quam leges taxationem vocant, ac victor iuret; ne iudici liceat in minorem ſummam, quam iuratum eſt, condemnare, atque humanior videri velit, quam lex, quæ iſta conſtituit*. Aperte iuriiurando in litem, in quo nihil fiat adverſus delationem iudicis, ſtari vult conſtitutio, idque ex legibus veteribus ius eſſe teſtatur. Nec ad rem pertinet, quod

10) Hic quoque Tribonianus ab A. Fab. *d. C.* 17. clamitante illius eſſe, *d.* §. 3. vapulat indigne. Quæ enim aut cuius ponderis Fabri ratio: iuſiurandum tranſactionis vim habet, etſi a parte deferatur. Magis itaque ſi a iudice. Ergo ut tranſactionis retractatio non conceſſa repertis novis probationibus, ita nec iuriſiurandi huius. Erronee. Immo non habet vim tranſactionis hoc iuſiurandum cum non ex conventione proficiſcatur, nec conſenſum litigantium habeat.

11) Recte. Sed regerit A. Fab. *d. C.* 17. diverſam eſſe rationem. Illic iuſiurandum fieri condemnationem, iurari ob execcutionem ad taxationem condemnationis. Putat enim Faber ita concipi ſententiam, ut tanti condemnetur reus, quanti actor in litem iuraverit, nec præcedere iuſiurandum condemnationem, ſed eandem ſequi, per *L.* 4. *C. de act. empt.* Quomodo igitur, inquit, qui antea condemnatus, abſolvetur deinde, aut minoris condemnabitur. Reſp. Falſum vero iſtud nec *d. L.* 4. nec aliunde probatur, ac iuris rationi repugnat quæ certam quantitatem in ſententia exigit. Sequi poteſt iuſſum de re reſtituenda, ſi ei non pareat reus. Sed is nec ex ſententia Fabri, toties ab eo prodita, ſententia eſt. Quid vero æquius hoc iure, veritate melius perſpecta reum abſolvi, in totum vel ex parte. Num non iuſtius eum, quem poſtea apparet nihil omnino debere, potius dimittere, quam adſtringere ad præſtandum quod non debet. Neque enim dolus eius argui poteſt, quem nihil debuiſſe, & ideo iuſſui de reſtituendo non paruiſſe apparet.

quod loquitur de eo iureiurando, cui iudex taxationem adiecit. Nam ut de eo iureiurando illic agitur; ita etiam proponitur actor intra eam taxationem iuraſſe. Par igitur, idem & de eo exiſtimari, cui nulla taxatio adiecta eſt, ad quemcumque modum poſtea actor iuraverit: quia & hic pariter nihil fit adverſus delationem, & eam poteſtatem iurandi, quam iudex conceſſit: non enim periculum eſt, ne ibi iuretur adverſus taxationem, ubi nulla fuit adiecta taxatio.

VIII. Illud in ſuperioribus verbis contrarium videri poteſt, quod Iuſtinianus præciſe iubet, ne iudex in minorem ſummam, quam iuratum eſt, condemnet, nec ullam exceptionem adiicit; quaſi velit nec ex magna aliqua cauſſa eiuſmodi, qualem diximus, iuſiurandum reiici poſſe. Sed non eo minus conſtitutio cum exceptione huius loci accipienda eſt: ſive quod priores leges ad poſteriores trahuntur, & contra. *L. non eſt novum. L. ideo. L. ſed & poſteriores, D. de legib.* Sive quod in toto iure generi per ſpeciem derogatur. Quid? quod ex verbis ipſis conſtitutionis hæc exceptio facile colligitur; vetat enim, ne iudex humanior videri velit, quam lex, Non ergo prohibetur, quominus æque ſaltem ſit humanus, atque lex. Imo vero hoc præcipue eſt officium iudicum, humanitatem & æquitatem legum ſequi. *L. quidam, D. ſi cert. pet. L. 4. §. ult. D. de eo quod cer. loc.* At conſtat ex *d. §. iurare,* & *§. item videndum. L. 4. h. tit.* ius ita eſſe, ut liceat iuriiurando taxationem adiicere, & ab eo, quod delatum ſit, ex cauſſa recedi poſſe. Quapropter & verbis Iuſtiniani idem iudici permitti intelligendum eſt.

IX. Ad vim quoque huius iurisiurandi (licet non omnis, ſed eius quo res quanti eſt, æſtimatur, ut poſtea dicetur) pertinet definitio illa Pauli in *L. ult. D.* h. tit. *De periurio eius, qui ex neceſſitate iuris in litem iuravit, quæri facile non ſolere.* Quod ait, *non facile,* id eſt, non ſine iuſta & evidenti cauſſa, *arg. L. etſi. D. de reg. iur. L. pen. D. de in int. reſt.* ex quo contra intelligimus quæri, id eſt, agi de periurio poſſe ex magna & iuſta cauſſa. Et ſiquidem agatur criminaliter, perſpicuum eſt nullam admodum agenti idoneam cauſſam eſſe de eo quærendi; quia ut periurium puniatur, in quo eſt ſolum vindicta publica, privati nihil intereſt. *L. prætor, 7. §. 1. D. de iniur.* Quo fit ut putem de periurio eius qui in litem iuravit, criminaliter, & extra ordinem quæri nec poſſe nec ſolere; confirmaturque id generali illa ſententia. *L. 2. C. de reb. cred.* iuriſiurandi contemptam religionem ſatis Deum ultorem habere: de qua ſatis dixi in titulo de iureiurando *ſupra lib. 24.* At cauſſa eſſe poteſt, ſi reus de damno privato laboret, quod amplius iuſta æſtimatione ſolvit, vel ſolvere recuſans, quod amplius exigitur. Proinde hoc caſu poteſt iuſiurandum retractari, nempe civiliter agendo, & de re privata & familiari Et hoc quidem ita poteſt, dum ſic agatur, ut periurium [12] probetur inſtrumentis poſtea repertis, non etiam teſtibus: plane ut iuſiurandum illud, quod in dubiis cauſſis a iudice deferri ſolet, & neceſſarium vulgo nominatur: de quo eſt *L. admonendi, D. de iureiur.* idque a me illo titulo ſatis explicatum eſt: unde quod ad hanc rem pertinet in hoc in litem iureiurando illuſtrando, peti velim: eſt enim hoc illi perquam ſimile. Nam utrumque pariter a iudice defertur, & utrumque iudex ſententia ſua confirmat, dum ſecundum eum iudicat, qui iuravit. De inſtituenda hac retractatione hic quæritur, qua actione reus repetat, quod amplius vera æſtimatione ex periurio adverſarii condemnatus dederit. Nam cum ex cauſſa iudicati ſolverit, condicere ut indebitum non poteſt. *L. 1. C. de cond. indeb.* Et ceſſantibus aliis actionibus erit actio de dolo. *L. ſervus, §. ult. arg. in L. ſi quod deferente, D. de dol.* Quod ſi reus condemnatus nondum ſolvit id, in quo peieratum eſt: certi iuris eſt, cui re iam ſoluta damus actionem ad ſolutum repetendum, ei pecunia nondum ſoluta multo magis adverſus petentem competere exceptionem. *L. invitus, §. 1. D. de regul. iur.* Ita igitur iuſiurandum in litem ex periurio interdum retractari poteſt. Sed apparet fere ex ſuperioribus, id de ſolo iureiurando in litem vere dici, quod ad veritatem æſtimandam, ideſt, quanti res eſt, interponitur: non etiam in illo in litem iureiurando locum habere, quo actor ultra rei pretium ſuo arbitrio atque ex affectu rem æſtimat, iure concedente: non poteſt enim hic dici peieraſſe, quantumvis verum pretium excedat, atque adeo iuret in immenſum: quod ſecus eſt in illo altero, quo res duntaxat quanti eſt, æſtimari permittitur. Quod etſi per ſe ipſum intelligitur, tamen id Paulus in ſuperiori illa definitio-

ne

12) De probatione contraria contra iuſiurandum in litem, vid. Io. Bapt. Plot. *h. Tr. §. 48. n. 22. & ſeqq.* Vinc. Caroc. *Deciſ.* 12.

ne ſignificat, cum addidit illa verba qui in litem iuravit ex neceſſitate iuris: iuris ſcilicet privati, quia ad ius actoris probandum ad hoc iuſiurandum decurrendum fuerit: æſtimatur enim res quæ poſt moram debitoris perit: ut iam æſtimatio eius aliter probari facile non poſſit, quam iureiurando actoris; ut ſupra ſuo loco expoſui.

X. Illud hoc loco animadvertendum, iuſiurandum ipſum in litem, quodcunque ſit, ſi periurium non habet, retractari non poſſe: ſi periurium habet, retractari poſſe, ſed illud ſolum, quod de vera æſtimatione eſt: atque id ipſum raro nec facile, ut docui. Quare Paulus non de iureiurando, ſed de periurio dixit non facile quæri ſolere: Huc pertinet etiam illud, quod Iabolenus definit in *L. cum furti* 9. *D. h. tit.* ita hic oportere iurari, ut ſatis ſit actorem dicere certam ſummam, quanti rem fuiſſe iurat, non autem habere neceſſe adiicere, *pluriſve: quia*, inquit, *quæ res pluris eſt, utique tanti eſt:* ſignificat his verbis, non eſſe metuendum in propoſito, ne is qui iuravit rem valere viginti, videatur peierare, ſi res pluris valeat, puta viginti quinque, quia ſi valet viginti quinque, utique verum eſt eam & valere viginti: ineſt enim ſemper minor ſumma in maiore. *L. 1. §. ſi ſtipulanti, D. de verb. oblig.*

CAP. XII.

De neceſſitate iuriſiurandi in litem ſuſcipiendi.

Neceſſitas iurandi poteſt eſſe aut ex iure publico, aut privato. I.

Ex iure publico *nullam eſſe in litem iurandi neceſſitatem oſtenditur*. II.

Ex iure privato *ſecus*; & *qualis iſta neceſſitas*. III.

Locus Pauli in L. ult. D. de in lit. iur. *a nonnullis aliter explicatur*, & *eorum interpretatio revincitur*. IV.

I. HÆc neceſſitas duplex intelligi poteſt; publici iuris, & privati. Aut enim neceſſe habet actor in litem iurare, quia ius cogit eum ſuſcipere iuſiurandum, ut quanvis alioqui æſtimatione vera contentus ſit, & de ea probare malit teſtibus, aut inſtrumentis, quam iurare: tamen non audiatur, ſed omnino iurare debeat, vel cauſſam amittere. Aut dicitur neceſſe habere habita ratione iuris ſui privati: quia ſcilicet liceat quidem ei non iurare, & nihilominus vincere, ſi modo probet de æſtimatione: ſed quoniam facile probare non poteſt æſtimationem rei non extantis, & tamen ad vincendum aut probare aut iurare debet, ideo privata utilitate eo adducatur, ut cogatur iurare: alioqui res ei perierit.

II. Hoc intellecto nego ullam eſſe neceſſitatem priorem, iuris ſcilicet publici in iurando in litem; nego eum, cui iuſiurandum in litem a iudice defertur, cogi iure id ſuſcipere; ſed huic liberum eſſe ita id recuſare, ut ſi de æſtimatione probare velit, nihilominus audiri, & re probata vincere debeat, quodcunque tandem id erit iuſiurandum in litem. Quod & Bartolus recte ſenſit, & ſcripſit in [1] *L. ult. D. hoc tit.* Omne enim iuſiurandum in litem, tam quod eſt de affectione iurantis, quam quod eſt de vera æſtimatione, comparatum eſt actoris cauſſa: poſterius quidem ad eum probatione ſublevandum; prius autem etiam ad eum augendum, ut pro ſuo arbitratu pretium rei ſuæ dicat, quod velit. Utrumque ita adverſus reum, ut ſit etiam adverſus invitum, cui poſt iuſiurandum nihil relinquitur, niſi ut condemnetur. Delatum igitur actor impune recuſabit: cum liceat unicuique iuri pro ſe introducto renunciare. *L. pen. C. de pact. L. ſi iudex D. de minor.* Non idem ſervatur in iureiurando, quod non eſt in litem, ſed ab adverſario defertur: quod niſi refertur, ſine iuſta cauſſa recuſare non licet. *L. iuſiurandum* & ad *§. ait*, & *§. datur. L. manifeſtæ, D. de iureiur.* Sed hoc contraria de cauſſa, quia & deferentis cauſſa defertur, eiuſque intereſt id ſuſcipi, ut citius & ſine moleſtia atque omni ſumptu a lite diſcedatur. At etiam iuſiurandum illud neceſſarium iuriiurando in litem non diſſimile, quod pariter defer-

tur

1) Quod & probatur *L. quod ſi poſſeſſor.* 71. *de R. V.* Borch. *b. Tr.* C. 3. *n.* 27. Io. Bapt. Aiin. *Tr. de Exſec.* §. 3. C. 1. *n.* 16. quia iuſiurandum hoc favore partis inductum & odio doloſi, cui renunciari poteſt.

tur a iudice, & invito adverſario; illud, inquam, quod a iudice defertur in dubiis cauſſis, recuſari non poſſe, antea ſuo loco diximus, idque expreſſum eſt in *C. ult. ext. de iureiur.* Sed & hoc a Iureiurando in litem eo, de quo nunc agitur, diverſum eſt: defertur enim maxime iudicis, & adverſarii alterius cauſſa. In dubiis enim cauſſis, id eſt ancipitibus, & in quibus pares ſunt utrinque probationes, intereſt iudicis habere, quid ſequatur, quod niſi iureiurando alterutri parti delato facile explicare non poteſt. Intereſt igitur eius, iuſiurandum ab eo delatum non recuſari; aut certe ex recuſatione confeſſionis coniecturam capi oportet. Intereſt & adverſarii, ne quid videlicet temere in cauſſa dubia adverſus eum a iudice ſine iureiurando ſtatuatur. In iureiurando in litem contra nihil intereſt iudicis ab actore iurari; quia ſive actor aliter probat ſemper iudici certum ex iure, quid hic ſequi debeat: nam illo probante ſecundum eum iudicat. *L. negantes, C. de obl. & act.* non probante, reum abſolvit. *L. qui accuſare, C. de eden.* Adverſarii intereſt multo minus, cum potius interſit eius non iurari, ſi actor nihil probet: quia tum reus abſolvatur: actore autem non probante, reus metuere non poſſit, ne quid temere iudex hic ſtatuat: cum tum maxime æquum ſit, reum condemnari, cum non iureiurando, ſed iuſtis probationibus convictus eſt. *d. L. negantes.* Et ideo, quod in *L. 4. §. D. h. tit.* ſcriptum eſt, adoleſcentem, *ſi velit*, iurare in litem poſſe; ſic accipiendum eſt, ut ad omnes actores, quibus idem delatum eſt, pertineat, intelligaturque illam conditionem, *ſi velit*, eſſe conditionem propriam ² iuriſiurandi, non adoleſcentis.

III. Reſtat ergo, ut quod Paulus ſcribit in *d. L. ult. D.* h. tit. *ex neceſſitate iuris* iurari neceſſitatem alteram interpretemur; nempe privati iuris neceſſitatem, ut niſi actor iuret, æſtimationem una cum re amittat, non quia de æſtimatione probare volens, iure non audiatur, ſed quia natura hic ſit rei ſtatus, ut æſtimationem facile probare non poſſit: quæ ³ neceſſitas, ut ſupra cap. proximo demonſtratum eſt, ad poſterius duntaxat genus iuriſiurandi, quod de vera æſtimatione eſt, pertinet.

IV. Scio eſſe, qui illa verba; *Eius qui ex neceſſitate in litem iuravit*, in definitione Pauli aliter interpretentur, id eſt, non pro ſpecie una eorum qui iurant in litem, ſed pro ratione definitionis ſubiectæ accipienda putent; ut ſit ſenſus, ideo non facile quæri de periurio eius, qui in litem iuravit, quia ex neceſſitate iuris iuravit: ſentientes neceſſitati, quam quis ſibi non impoſuerit, eſſe ſubveniendum, ut & ſubveniendum eſt. *L. ſi fideiuſſor, §. D. qui ſatiſd. cog. L. 2. §. ſi quis tamen, D. ſi quis caut.* Idque dictum eſſe volunt ad diſcrimen eius, qui deferente adverſario iurans peieravit, cuius quia in poteſtate fuit iuſiurandum non ſuſcipere referendo, ideo de eius periurio ſentiunt facilius quæri poſſe: non quidem civiliter; nam hoc modo retractari non poteſt, *L. admonendi, D. de iureiur.* ſed criminaliter, & extra ordinem, ut puniatur: hanc enim coercitionem in eo admittunt, eamque periurii pœnam eſſe interpretantur, cuius ſit mentio in *L. nam ſufficit, D. de dol.* Quæ interpretatio hoc convenit cum illa noſtra ſuperiore, quod admittit retractationem ſolum periurii, idque ſolum in iureiurando eius, qui de vera æſtimatione iurare debuit: nunquam autem in eo, qui arbitrio ſuo rem æſtimavit; quia in illo tantum priore periurium eſt. Hoc diſcrepat, quod in eo qui delato de vera æſtimatione iureiurando peieravit, retractationem civilem nullam agnoſcit, extraordinariam admittit, & ſi non facile, aut etiam utramque tollit, contra quam ſupra ius eſſe diximus. Sed procul amolienda hæc interpretatio eſt. Nam primum nulla eiuſmodi neceſſitas eſt ſuſcipiendi in litem iuriſiurandi, qualem iſti intelligi volunt, ut ſupra hoc capite demonſtravi. Deinde ſi qua eſſet: nunquam tamen eam neceſſitatem pro ratione propoſitæ a Paulo definitionis admittere deberemus. Paulus ait, non facile quæri ſolere de periurio eius, qui in litem iuravit. Inepta plane ratio eſt, ſi dicat eo fieri, quia ex neceſſitate iuris iuravit. Dici enim poteſt, excuſandum eſſe actorem quod iuravit in litem; quia ex neceſſitate iuris iuravit. At profecto eadem neceſſitatis ratione dici non poteſt, excuſandum eſſe eius periurium: quoniam nulla neceſſitate iuris peieravit. Iusiurandum

2) Conſent. Borch. *d. C.* 3. *n.* 27. Oblic. At fruſtra *d. L.* 4. *pr.* de totoribus ac curatoribus ſpecialiter cavetur eos iurare non teneri, ſi nec quiſquam alius cogitur. Reſp. in illis ratio dubitandi ſpecialis, cum ſi recuſent iurare, tutelæ vel curæ iudicio de damno quod inde paſſus pupilus vel adoleſcens pulſari poſſint Borch. *d. C.* 3. *n.* 29.

3) Recte: Etſi A. Fab. 16. *Coniect.* 17. *p.* 355. ita exponat quod res hæc non poteſtati & arbitrio iudicis, ſed iuris neceſſitati ſubiecta ſit. Quod refellitur C. *praced. N* 9. Confer. Plotus *h. Tr.* §. 52. *n.* 3. ubi poſt Bartolum, & alios dici hoc poſſe neceſſarium non vere, ſed cauſſative ſcribit,

dum enim ab eo exigebatur, non periurium. Quinimo in iureiurando exigendo hoc ipſum exactum eſt, ne peieraret. Religio enim & fides ab eo exigebatur. Quamobrem ſi peieravit, fecit volens, non coactus; nec tantum volens, ſed etiam improbe. Ut proinde non magis excuſatione dignus ſit in periurio, qui in litem iuravit, quam alius quivis, qui deferente adverſario peieravit.

C A P. XIII.

Quo referatur quæſtio; De eo quod intereſt: & quid in ea tota quæſtione agatur.

C A P. XIV.

Quid valeat hoc verbum; quod intereſt.

C A P. XV.

Id quod intereſt, eſſe unius generis, non ut vulgo traditum eſt, triplex.

C A P. XVI.

Quæ ſint de eo, quod intereſt, veterum & rei propriæ dubitationes, & de lege Iuſtiniani.

C A P. XVII.

Explicatur ea pars legis, quæ eſt de modo & taxatione eius quod intereſt. Qui ſint caſus certi.

C A P. XVIII.

Qui ſint caſus incerti.

C A P. XIX.

Subdifficilis quæſtio explicata de venditione, locatione, & ſimilibus; ſitne in his caſus certus, an incertus.

C A P. XX.

Dupli rationem in hac conſtitutione quam inire debemus.

C A P. XXI.

Quæ ratio Iuſtiniano huius diſcriminis caſuum introducendi.

C A P. XXII.

Ut damni, ſic lucri habendam rationem in eo quod intereſt.

C A P. XXIII.

Quod ſit in conſtitutione damnum quod revera induci dicitur: quæ utilitas quæ circa rem conſiſtat, quæ non conſiſtat: & quid ex his præſtandum.

C A P. XXIV.

Sitne aliquis modus pœnarum conventionalium, & quis ſit.

Vide laudatam Epiſtolam.

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS SEPTIMUS.

Vide Epiſtolam ad lectorem ſæpius laudatam.

Digitized by Google

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIORUM
DE IURE CIVILI
LIBER VICESIMUS OCTAVUS.
CAPUT I.

De confeſſis. Et ad hunc Tit. Digeſtor.

Vide Epiſtolam ſupra laudatam.

CAP. II.

Quæ ſint remedia adverſus eum, qui ſecus, quam oportere diximus, iudicavit.

Rerum nexus, & tranſitio ad pœnam iudicis improbi, aut imperiti. I.
Sententia lata adverſus leges ipſo iure nulla. II.
Iniuſta ſententia appellationis remedio reſcinditur. III.
Prodita actio adverſus eum qui male iudicavit etſi per imperitiam, aut cum aſſeſſoribus imperitis, & quæ poſterioris partis exceptio. IV.
Contrariis occurritur; & L. filiusfamilias, 15. D. de iudic. *explicatur.* V.
Facit & ille litem ſuam qui in iudicando aliquid dolo malo prætermiſit. VI.

I. QUæ iudex in iudicando obſervare debeat, quæve ſit iuſta ſententia, & eius ſententiæ quanta ſit vis, quique effectus, ſatis, opinor, duobus proxime præcedentibus libris demonſtratum eſt. Sed fruſtra quid in ſententia ius exigat, docuerimus, ſi iudice aliter iudicante, erit impune. Videamus ergo ſi imperitus, aut improbus iudex contra iudicabit, quæ ſit pœna.

II. Et ſi aperte, ac nominatim contra leges & conſtitutiones ſententiam dixit, nempe id exprimens fieri debere, quod leges vetant: veluti reum damnare ſe, quanvis actor nihil probaverit: eum de fructibus abſólvere ſe, quanvis de re condemnaverit: aut eum damnare ſe in uſuras uſurarum: quæ omnia aperte ſunt contra leges: hanc, inquam, ſi ſententiam dixit, ſententia nullius momenti eſt ipſo iure, ita, ut nec appellatione ſit opus. *L. 1. §. item cum contra, D. quæ ſent. ſine app. reſc.* de quo ſcripſi plura ad *L. præſes, D. de re iud.*

III. Sin aperte nihil dicit contra leges: tametſi forte iudicat perperam, & alter-

utri

utri parti iniuriam facit, valet tamen ſententia ipſo iure nihilominus. *d. L. præſes*. Sed in eo hæc ſunt remedia. Sententia, ſi iniuſta eſt, poteſt appellatione retractari. Quod ut poſſit conſtare, an iniuſta ſit nec ne, omnibus proditum eſt remedium appellationis *L. 1. D. de appell.* Hoc prætermiſſo ſententiæ ſtandum eſt, *L. cum prolatis, D. de re iud.* Sed & cum victo alio modo ſuecurſum eſt.

IV. Actio enim prodita eſt ei adverſus iudicem, qui litem ſuam facit: id eſt: qui male iudicavit; ut quantum de ea re æquum religioni iudicantis viſum fuerit, in tantam pecuniam damnetur [1] *L. ult. D. de extra cognit. tit. de obligat. quæ ex quaſ. del. naſc.* in princ. *L. 4. §. ſi iudex, D. de obl. & act.* In quo non doli tantum nomine: ſed etiam culpæ, & imperitiæ teneri eum certum eſt. *d. L. ult. de extr. cog.* Quorum tamen poſterius quidem in iudice privato tantum recipiendum putant: ordinarium, qui aſſeſſores habeat, venia dignum eſſe, ſi ſecutus ſit iudicium aſſeſſorum: moti exemplo magiſtratus, qui ius novum ſtatuit de aſſeſſorum ſententia. Nam hunc Paulus edicto prætoris de iis, qui ius novum ſtatuerunt, non teneri ait, ſed aſſeſſores. *L. 2. D. quod quiſq. iur.* Mihi exemplum congruere non videtur. Ideo enim ait ille non teneri magiſtratum, quem modo dixi, quia eo edicto dolus ius dicentis puniatur: conſtat autem nihil dolo facere eum, qui de ſententia aſſeſſorum quid iudicat. Fingamus igitur propoſitam fuiſſe actionem eo edicto in omnes, qui quid novi iuris ſtatuiſſent, vel Paulus ipſe ſignificat futurum fuiſſe, ut teneretur, qui de ſententia aſſeſſorum id feciſſet. Quapropter cum conſtituta ſit actio adverſus iudicem, qui male iudicavit, etiam ſi iudicarit per imperitiam: non debet ab hac pœna immunis eſſe, qui cum aſſeſſoribus imperitis & ipſe imperite iudicavit, niſi ſicubi ita ius ſit ut magiſtratus cogatur [2] ſequi plurimorum aſſeſſorum ſententias. Nullum enim delictum eius eſt, qui iuri publico obſequitur.

V. Sed cum conſtituerimus, idque ipſum aperte illi loci exprimant, quos de hac actione ſupra indicavi, litem ſuam facere eum iudicem, non modo qui dolo malo, ſed etiam qui per imperitiam iudicavit: quid dicemus ſibi velle Ulpianum in *L. ſi filiusfamilias D. de iud.* qui ita definiat: *iudicem tunc litem ſuam facere* intelligi, *cum dolo malo in fraudem legis ſententiam dixerit. Dolo autem malo* videri *hoc facere, ſi evidens arguatur eius gratia, vel inimicitia, vel ſordes?* Non dubitem his verbis, eum contrarium dicere, niſi quid ſentiat ſequentibus verbis declararet. Nunc autem temperamentum adiicit, in quo velit ſuperiorem definitionem habere locum. Subiicit enim continenter hæc verba; *ut veram litis æſtimationem ſufferre cogatur.* Ex quibus apparet, hoc eum ſentire, quod ante dictum erat, id totum accipiendum eſſe hac conditione, ſiquidem id agatur, ut cogatur iudex veram æſtimationem ſufferre. Unde intelligemus Ulpianum velle demonſtrare eo loco, non tam quis litem ſuam faciat, quam illud, quatenus æquum ſit damnari eum, qui litem ſuam fecerit. Et dum eum demum in ſolidum teneri ait, qui dolo malo dixit ſententiam: ſignificat non ita eum teneri æquum eſſe, ſi per imperitiam male iudicarit. Quatenus igitur hic eum teneri æquum eſt? Nam hoc incertum relictum eſt illis locis, quos ſupra citavi de hac actione. Et poteſt hoc æſtimari ex eo, quod Ulpianus in *ead. L. ſi filiusfamilias* in princ. ſcribit in hæc verba: *ſi filiusfamilias iudex litem ſuam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc in peculio fuit, cum ſententiam dicebat.* Innuit filiumfamilias iudicem, quantum in bonis, & quaſi patrimonio tunc habuit, cum iudicavit, eatenus teneri. Nam peculium quaſi patrimonium quoddam eſt filiifamilias *§. actiones autem de peculio, Inſt. de action.* hinc colligi poteſt idem probandum eſſe & in patrefamilias. Conſtat enim filiosfamilias ex omnibus cauſſis non aliter teneri, quam patremfamilias *L. filiusfamilias D. de oblig. & act. L. tam ex contractibus, D. de iud.* Itaque cum ſubiicit eum, qui dolo malo litem ſuam fecit, teneri in veram æſtimatio-

1) Add. *tit. Cod. de pæn. ind. qui male iudic. L. 12. Cod. de dignit. Nov. 8. & 17. Nov. 24. Nov. 25. Cap. 3. Nov. 124. C. 2. pr. &c.* L. 12. tabb. pecuniam accepiſſe convictum capite puniebat, Agell. 20. *Noct.* 1. vid. Marcil. in *L. 12. tab. collect.* C. 10. Libro legis Boiorariorum C. 3. *Tit.* 4. Qui corruptus nummis falſo iudicavit, duplum damni cogitur exſolvere, & fiſco inſuper 40. ſolidos perſolvere. De pœna iudicum pluribus Matheſilan. *ad d. tit. Cod.* Menoch. *Arb. Cap.* 339. *& ſeqq.* Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 37. Oldend. *Cl.* 7. *Act.* 13. *& ultim.* Iac. Omphal. *Lib. 6. de Uſurpat. legum. Cap.* 21. Bargal. *Lib.* 3. *de Dolo. C.* 9. Mynſ. *Decad.* 9. *Reſp.* 90. Pollet. 5. *Hiſt. fori* 9. & Broidæ. *in Supplem. Cap. ſeq.* Rulant. *de Commiſ. P.* 1. *Lib.* 6. *Cap.* 7.

2) Quid ſi male ex conſilio Sapientis iudicavit; Litem ſuam non facit, Schurf. *Cent.* 1. *Conſ.* 29. Quod apud nos merito obtinet, licet Scala *Lib.* 4. *de Conſ. Sap. C.* 26. diſtinguat, an ultro id requiſiverit, ubi contraſentit, an ad partium voluntatem. Quando autem ipſe conſultor litem ſuam faciat, vid. idem *Lib.* 4. *Cap.* 23.

tionem, intelligere debemuſ, non patremfamilias a filiofamilias diſtingui, quaſi in poſteriore parte agat de patrefamilias tantum; quia in priore dixerat de filiofamilias, ſed 3 diſtingui eum, qui culpa litem ſuam fecit, ab eo, qui eam fecit ſuam dolo malo: quia cum in poſteriore agatur de eo, qui dolo malo iudicavit (in quo non recte diſtinguitur filiusfamilias a patrefamilias) neceſſe ſit priorem partem accipi de eo, qui male iudicavit per imperitiam, ſive is erit paterfamilias, ſive filiusfamilias.

VI. Pertinet autem ad ſuperiorem definitionem Ulpiani intelligi illud Papiniani ex *L. non quidquid*, *D. de iud.* Iudex ſi quid adverſus legis præceptum in iudicando dolo malo prætermiſerit, legem offendit: hoc enim dicto declaratur, non tantum eum dolo malo facere litem ſuam, atque ita in ſolidum teneri, qui conſulto quid ſtatuerit ſecus, quam ius erat: ſed etiam, qui dolo malo prætermiſerit, quod facere iure publico iubebatur. Propone iudicem non condemnaſſe victum victori in expenſas litis. In qua ſpecie nominatim Iuſtinianus conſtituit iudicem de ſuo quidquid damni ex ea re erit, ſarcire debere. *L. properandum*, *§. ſine autem*, *C. de iud.*

3) Confer *ſupra Lib. 15. Cap. 28. n. 9.* Cuiac. 13. *Obſ.* 18. Pac. 3. *Enant. Q.* 23. Quam culpam præſtent iudices & magiſtratus, vid. Delrio *ad L. contractus* 23. *de R. I. Cap.* 18.

C A P. III.

Quo ritu, quibuſque ſolemnibus obſervatis ſententia ferenda ſit.

Tranſitio ad ſolemnia ferendæ ſententiæ; & quæ ſint. I.

Primo *ſententia ferri debet utroque litigatore præſente; aut etiam altero abſente poſt trinam eius vocationem.* II.

Evocatur quis tribus edictis: quid illa ſint: impetratur poſtea peremtorium: hoc quid ſit. III.

Solemnis trium edictorum numerus interdum non ſervatur; & quibus in cauſis. IV.

Quando peremtorium edictum ſit, vel non ſit neceſſarium. V.

Reus contumax, ſi die cognitionis adſit, auditur, & quatenus: abſens & citatus damnabitur, aut erit etiam in bona cauſſa victor. VI.

Contrariis occurritur. VII.

Actore abſente, ſi modo hoc reo placuerit, circumducetur edictum; quid hoc ſit. VIII.

Alias vero idem fere hic iuris ſervari adverſus actorem quod contra reum. IX.

Secundo. *Sententia recitanda* ex breviculo. *Improbatur communis lectio:* ex periculo. X.

Tertio: *De ea lingua qua proferenda ſententia quo in loco auctor. Quæſtionis occaſio.* XI.

Quarto: *Ferenda ſententia in loco publico, & ſolito.* Quinto *in tempore non feriato.* XII.

I. QUoniam pertinet ad officium iudicis in ſententia ferenda, ut propoſui, ſupra libro 26. c. 2. non ſolum qualem ſententiam ferat: ſed etiam quomodo: & in genere ſententiæ quid illi ſequendum ſit, dictum eſt: reliquum eſt, in ritu eius ferendæ quid ius poſtulet, cognoſcamus: tot ſunt autem ſolemnia, quæ in eo exigantur: ut feratur ſententia præſentibus iis, quos cauſſa contingit, aut his ſaltem legitime evocatis: ut ex ſcripto recitetur: ut uſitata lingua: tunc ut feratur idoneo loco, & tempore. Ex quibus priora tria ſententiæ ſunt propria; duo poſteriora, locum dico, & tempus, ad omnem iudicis cognitionem pertinent: ſed maxime tamen ad ſententiam. Non enim pronunciare tantum; ſed etiam in alia quavis parte iudicii, quæ cauſſæ cognitionem deſiderat, ſedere debet & idoneo loco, & idoneo tempore, ſed tum præcipue, cum de re pronunciat. Omnia ad vim ſententiæ eius generis, ut ſine his ſententia nos non teneat. De quibus videamus.

II. Et de præſentia litigatorum ius ſic habet: de unoquoque negotio præſentibus iis, ad quos res pertinet, quandiu eorum facultas eſſe poteſt, iudicari oportere. *L.*

de

de unoquoque D. de re iud. Utroque [1] abſente, quanvis legitime vocato, non licere; ut indicat Titulus codicis, *Quomodo, & quando iudex ſententiam proferre debeat præſentibus partibus, vel una parte abſente:* abſente altero poſſit iudicare: ſed ita, ſi is prius legitimis edictis evocatus ordine edictorum peracto copiam ſui non fecerit. *L. ea quæ, C. quo. & quan. iud. L. ſi prætor*, in princ. *D. de iud.* Quod quomodo conveniat cum *d. L. de unoquoque* ibi dixi.

III. Ea ſunt edicta de quibus legimus in *L. ad peremtorium*, & *LL. ſeqq. D. de iud.* Edictum hoc vocamus denunciationem magiſtratus, per quam litigatori, ut adſit, iubet. *d. L. ſi prætor, D. de iud.* Edicere enim iubere eſt hinc factum, ut denunciationes dicantur eadem ſignificatione. *d. L. ea quæ. L. tres denunciationes, C. quo. & quan. iud.* Quas eaſdem quoniam literis complectitur magiſtratus, literas dixerunt; & literis evocari, qui edictis evocatur. *L. contumacia, D. de re iud.* In hac re ſi legitimum numerum quærimus, tria edicta requiruntur, quæ proponuntur per intervallum non minus decem dierum, [2] quibus propoſitis impetratur id, quod appellatur peremtorium, quod inde hoc nomen ſumſit, quod perimat diſceptationem: hoc eſt, ultra non patiatur adverſarium tergiverſari. In peremptorio enim comminatur is, qui dedit, etiam abſente diverſa parte cogniturum ſe & pronunciaturum. Hæc ex Ulpiano in *d. L. ad peremtorium*, & tribus ſeqq.

IV. Sed ita legitimus hic eſt, & ſolemnis numerus edictorum, ut ſi res exigat, liceat iudici hunc numerum minuere. *Nonnumquam*, inquit idem Ulpianus de peremptorio loquens, *hoc edictum poſt tot numero edicta, quæ præceſſerunt, datur: nonnunquam poſt unum, vel alterum: nonnunquam ſtatim, quod appellatur unum pro omnibus. Hoc autem æſtimare oportet eum, qui ius dicit, pro conditione cauſſæ, vel perſonæ, vel temporis; & ita ordinem edictorum, aut compendium moderari.* Hæc Ulpianus in *L. nonnunquam, D. de iud.* Quod dicit de conditione cauſſæ, perſonæ, temporis, eiuſmodi eſt. Non utetur prætor tot edictis in cauſſa, quæ facile dilationem non patiatur: quod genus eſt, ſi de alimentis, ſi de tutore conſtituendo agatur, & ſimilibus, de quibus in *L. 2. D. de feriis.* Non utetur adverſus eum actorem, qui ſit tenuis homo, & pauper, qui exempli gratia, de mercede ſibi debita agit; non utetur eo tempore cum periculum eſſe videbitur, ne res incidat in ferias meſſium, aut vindemiarum. Quæ omnia ſignificantur in *L. 1.* in fin. *eod.* & *d. L. 2. D. de feriis.*

V. Et quoniam peremptorium tribus edictis propoſitis ſubiicimus, an ſemper id intervenire oporteat, dubitari poteſt. Fruſtra Ulpianus tractare videtur, quomodo ad peremptorium perveniatur, niſi id ſit neceſſarium. Rurſum in *L. 2. Cod. quom. & quand. iud.* ſcriptum eſt, *ceſſante quoque cauſſa peremptorii edicti adverſus eos, qui admoniti adeſſe noluerunt, ſententiam a iudice ferri poſſe.* Et res ita habet, ut interdum [3] ſit neceſſarium, interdum non ſit. Sic enim ſcriptum eſt in *L. tres denunciationes, Cod. quom. & quand.* iud. *Tres denunciationes ad peremptorii edicti vicem adverſus contumaces convaleſcere.* Eſt autem contumax, qui coram admonitus copiam ſui facere contemnit. *L. contumacia, D. de re iudic.* Hinc licet colligere, ſive tres denunciationes non intervenerint, ſive intervenerint quidem, ſed adverſus abſentem, & eum cui coram denunciatum non ſit: toties peremptorio opus eſſe, alias non eſſe.

VI. Hoc ordine peracto adverſus reum, ſi quidem is aderit, cognitionis die, audietur ille quidem: ſed ea lege, quæ conſtituta eſt a Iuſtiniano adverſus omnes, qui quavis in parte iudicii iuſſi adeſſe primo contemſerint; deinde apparent; ut prius omnia [4] damna iubeatur ſarcire adverſario, quæ ob fruſtrationem eius contigerunt. *L. ſancimus, Cod. de iudic.* Si ne ſic quidem ille venerit, citabitur abſens, id eſt, appellabitur nominatim, & inclamabitur: ita, ut ſive reſponderit, ſive non reſponderit, agatur cauſſa, & pronuncietur; non utique ſecundum præſentem:

1) Quin etſi cœperit iudex ſententiam præſentibus partibus legere, ſi inter legendum ſe abſentent, eam non valere, poſt Bal. Io. Ausbach. *Sing. all. Lib.* 1. *C.* 30. Præſens autem quis dicatur, vid. Tiraq. *poſt LL. Connub. gl.* 6. *n.* 30. *& ſeqq.* & quando ſententia lata præſumatur contra præſentem vel abſentem, Menoch. *l. Præſumpt.* 69. *& ſeq.* add. *ſupra Lib.* 29. *C.* 6. *N.* 5. *ibique not.*

2) Quod Theod. Marc. *in L.* 12. *tab. collectis & interpretam. C.* 6. originem habere putat ex veteri lege 12. tabularum: QUI TESTIMONIUM DEFUGERIT. IS TERTIIS DIEBUS (id eſt trinundino, ter intra dies 27. & ita deſertor teſtimonii poſt trinam denunciationem recuſavit) OB PORTUM OBVAGULATUM ITO, &c. De citatione peremptoria vid. citatos *ſupra in not. Lib.* 23. *C.* 11. *N.* 4.

3) Peremptorium edictum quando requiratur, vel non, vid. Sig. Scaccia. *Lib.* 1. *de iudic. cauſſ. civ. crim. & hæretical. c.* 97. *n.* 25. *& ſeq.* & citatos *ſupra in not. Lib.* 23. *Cap.* 11. *N.* 4.

4) Contumax non auditur, niſi refuſis expenſis, vid. *not. ſupra Lib.* 23. *C.* 11. *N.* 10.

Digitized by Google

tem: ſed interdum vel abſens, ſi bonam cauſſam habeat, vincet. Hoc in *L. & poſt, D. de iudic.*

VII. Cui non eſt contrarium illud ex *L. contumacia, D. de re iudic.* contumaciam eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coerceri. Ut enim illic docuimus, id ita interpretandum eſt, cum ii, qui non obtemperant, damnati ſunt, non cum ſunt abſoluti. Vel ſi malumus hoc modo: ut intelligamus contumaciam eorum litis damno coerceri: nempe ſi iudex [5] velit: quod efficiet eos damnando. Non enim ſemper compellitur adverſus abſentem pronunciare. *L. 1. C. quo. & quan. iud.* hoc autem eodem redit. Porro contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur, cum damnati ſunt a iudice: quia enim cæteris iniuſte damnatis paratum ſit remedium appellationis, quo efficitur, ne iniuſta ſententia illis noceat; hoc de contumacibus [6] conſtitutum eſt, ex peremptorio abſentem damnatum, ſi per contumaciam abfuerit, appellantem non audiri. *d. L. & poſt, §. ult. L. ſi prætor, D. de iudic.* Quod Ius a nobis expoſitum eſt diligentius ad *d. L. contumacia*. Sed tamen eſt eiuſmodi, ut cum oſtendat abſentiæ contumacis pœnam: magnopere interſit litigatorum, eos de eo iure hoc loco admoneri, ne quis edicta magiſtratus in hac re facile contemnat; dum falſo putat, ſi adverſus ſe iudicatum ſit, appellationi locum ſupereſſe: hæc de abſente reo dicta ſunt.

VIII. Quod ſi actor, quo poſtulante edictum peremptorium impetratum erat, abſit cognitionis die, cum reus venerit: de eo ſic Ulpianus ſcribit in *d. L. & poſt, de* iudic. *circumducendum erit edictum peremptorium, neque cauſſa cognoſcetur, neque ſecundum præſentem pronunciabitur. Circumducto edicto videamus, an amplius reus conveniri poſſit: an vero ſalva quidem lis ſit, verum inſtantia tantum edicti perierit: & magis eſt, ut inſtantia tantum perierit: ex integro autem litigari poſſit.* Circumducendum edictum dicit ut ſit, [7] delendum, & obliterandum: id eſt perinde habendum quaſi nec impetratum eſſet: denique reum ab obſervatione iudicii abſolvendum, ut Iuſtinianus loquitur in *L. properandum, §. & ſi quidem, Cod. de iudic.* Circumducere enim, delere eſt, idemque valet, quod inducere. Inſtantiam autem litis vocat ille ea omnia, quæ ſunt in lite ab actore, vel reo, quibus inſtent, ut lis ad exitum perducatur. Hac ratione Marcianus in *L. mora, D. de uſur.* inſtantiam vocat interpellationem creditoris: quia hac interpellatione, inſtat creditor reo, ut reus ſolvat. Sed circumducetur edictum, ſi reus ita poſtulet.

IX. Quid ſi ultro actorem abſentem provocet, & rem cognoſci velit? Idem ſervabimus adverſus actorem, quod adverſus reum abſentem diximus. Primum idem ordo edictorum ad eum evocandum. Tum ſi abierit, res eodem modo cognoſcetur, & iudicabitur: ut actor vincat etiam, ſi meliorem cauſſam habeat. Poſtremo ſi reus abſolutus erit, actor qui per contumaciam abfuerit, ſi appellet, non audietur. *L. properandum, §. & ſi quidem, C. de iud.* Propria hic actoris, abſentis pœna conſtituta eſt, ut quanvis ipſe vicerit; rem tamen petitam duntaxat ferat, reus in expenſas litis non damnetur: auctor Iuſtinianus *in d. L. properandum, §. & ſi quidem.*

X. Dixi in proferenda ſententia illud ſecundum ſpectari, ut de ſcripto recitetur. Extant in hanc ſententiam conſtitutiones tres ſub Titulo *C. de ſententiis ex breviculo recitandis.* Ex quibus ea quæ ſecundo loco poſita eſt, rem hanc definit apertius his verbis: *ut iudices non ſubito, ſed deliberatione habita poſt negotium ſententias ponderatas ſibi ante forment, & emendatas ſtatim in libellum ſecura fidelitate conferant; ſcriptas ex libello partibus legant. Sed nec ſit eis poſt-*

5) Ita & Don. *ad L. 53. de re iud.* & ibi citatos in not. Sed Duar. *ad. d. L. 53.* hanc contumacis pœnam refert ad edictum de eo, qui ius dicenti non obtemperavit. Ut is demum hac pœna plectatur, qui in contumacia adeo perſeveravit, ut quod extremum eſt in iuriſdictione non fecerit. Atque ita non cuiuſvis iudicis ſententia hanc pœnam infligi poſſe ſentit, ſed ſolum a ius dicente, id eſt, Prætore. Confer. Scip. Gentil. 1. *de Iuriſd.* 8. *pag.* 130. Blarer. *in L. diffamari, C.* 2. *n.* 23. Enimvero quod *d. L. 1. C. Quom. & quand. iud.* habetur, poſſe iudicem adverſus contumacem dare ſententiam, non compelli, neutiquam ita exaudiendum videtur, ac ſi iudex, etſi abſentis contumacis cauſſam meliorem eſſe perſpexerit, condemnare eum tamen ob id ſolum, quia contumax, poſſit, ſi velit. Cæterum ſi aliud iudici videatur, quod abſolvere queat. Hac quippe ratione Iudex gratificari alteri poſſet, & προσωποληψία locum inveniret, quod exemplo peſſimum eſt admittere. Sed vocula *poſſe d. L. 1.* non abſolutum arbitrium, ſed iuri adſtrictum denotat per not. *ſupra Lib.* 26. *Cap.* 11. *N.* 11. Nam *d. L.* 73. *de iud.* dicit ſi bonam cauſſam habuit, vincere. Et ita iudicari debet, nec aliter poteſt, ſi de ea iuſtitia cauſſæ iudici liqueat. Sicuti recte DD. vulgo ob ſolam contumaciam, actore non probante, cauſſa non cadere reum, Menoch. *Arb. Cap* 280. *n.* 4. Gail. 1. *Obſ.* 60. *n.* 8. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 1. *n.* 32.

6) Vid. *infra Cap.* 6. *N.* 9.

7) Vid. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. iudic. C.* 20. Meland. Conan. Canier. *Parte* 2. *Membro* 6. De pœna actoris contumacis vid. quoque *Nov.* 112. *C.* 3. Damhuder. *Prani Civ. Cap.* 77. Mynſ. 4. *Obſ.* 65. Scaccia *Lib.* 1. *de Iud. Cap.* 93.

poſthac copia corrigendi, vel mutandi. Excipit ea conſtitutio illuſtres iudices, quibus hoc concedit, ut liceat eis per [8] officium ſuum ſententias definitivas recitare. Hoc ſcriptum ea conſtitutio libellum vocat: ut non ſit improbabile ſic inſcriptionem legendam eſſe; *De ſententiis ex breviculo recitandis*. Eſt enim conſentaneum, *breviculum* brevem chartam a Iuſtiniano nominari. Alii [9] *periculum*, malunt. Scimus, quid Latinis ſignificet periculum. Ego quid periculum cum libello, aut libelli recitatione commune habeat, me neſcire fateor.

XI. Qua lingua ſententia proferri oporteat, ſcripſi ad *L. decreta, D. de iudic.* Quod quærendum eſt propter duo loca de hac re in ſpeciem pugnantia. *d. L. decreta*, & *L. iudices, C. de ſent. & interl.*

XII. Locum in quo iudicetur [10] publicum eſſe volumus, & eum in quo more, & conſuetudine publica ius dici ſoleat: aliter nec iudicatum valet. *L. cum ſententiam, C. de ſent. & int. L. penul. D. de iuſti. & iur.* Quod ſi plura eiuſmodi loca in eo territorio fuerint, neque iudici dato certus locus conſtitutus ſit: iubetur iudex eo loco iudicare, quo ſolet iudicari ſine incommodo litigantium, *L. ſi locus D. de iud.* In tempore omnes [11] dies iuridici præter feriatos habendi

8) Quomodo & in ſuprema Imperii Curia per Protonotarium præſente vel Prætore ſupremo vel Præſidum altero, & una Senatorum parte dimidia ſententiam recitari audivimus. Olim nec hoc licuiſſe videtur. Apulei. 1. *Floridor. Ipſe Proconſul*, ait, *moderata voce, tacentur & ſedens loquitur, & plerumque de tabella legit. Quippe Praeconis vox garrula miniſterium eſt, Proconſulis autem tabella ſententia eſt*. De quo more & neceſſitate recitandi ex libello vid. Ræv. Broidæ. & omnino Langlæ. *loiis ante citatis*. Matheſilan. *ad d. Tit. Cod. de Sent ex peric.* Corſet. *Sing.* 323. Rulant. *de Commiſſar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 12. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. Tit. de Sentent. Reſol.* 2. Novells Leonis 45. inſuper requirit, ut iudex ſua mano obſignet, ne ſi temere iudicatum ſit, poſtea ſententiam ſuam inficiari queat. Et proditum a Maranta *Tit. de Sentent. n.* 13. & Pace Scala *Lib.* 3. *de Conſil. Sapient. C. ult.* quod iudex conſilium Prudentum manu ſua ſubſcribere debeat ita: Pronuncio, &c. ut in ſupraſcripta conſultatione, ne oriatur dubium, an ſententia ex ſcripto lata ſit. Quod tamen apud nos non verendum. Sed & iſtius iuris exceptiones tenendæ ſunt. (1) in litibus brevibus vilium perſonarum vel cauſſarum, *Nov.* 17. *Cap* 3. *Nov.* 28. *Cap.* 3. *auth. niſi breves, C. d. t.* & ubi ſportularum exactio nulla; Non autem in quibuſvis ſummariis, *Clem. ſaepe* 2. §. *ſententia, de V. S.* Maranta *Tit. de Sentent. n.* 17. Vant. *de Nullit. ex defect. Proceſſ. n.* 70. (2) in cauſſis Clericorum coram Epiſcopo, *Nov.* 83. *praefat. pr.* (3) Et ſcholarium fortiſſim. de quibus *L. ult.* §. *ult. Cod. de Privil. Scholar. Lib.* 11. *tit.* 30. (4) in ſententia Principis. Exempla *L. pen. de his qua in teſt. del. L.* 3. *Cod. de Q. Q. L.* 6. *Cod. de uſuc. pro empt.* Cuiac. 18. *Obſ.* 32. Chaſſanæ. *Catal. gloria mundi P.* 5. *Conſid.* 24. *n.* 73. Afin. *de Exſec.* §. 5. *Cap.* 40. *n.* 2. Num & iudicis qui arbitrium in cauſſa habet? vid. Menoch. 1. *Arb. Q.* 60. (5) in interlocutoria, Trentacinq. *d. Reſ.* 2. *n.* 7. (6) Ex conſenſu partium, Corſet. *Sing.* 323. Et fac. *d. L. ult.* §. *ult. Cod. de priv. ſchol.* Quod tamen Trentacinq. *d. Reſol.* 2. *n.* 5. *&* 6. in cauſſa ſolum modica admittit, & Vant. *d. loc. n.* 73. (7) Si contraria conſuetudo ſit, quæ valet, Io. Pels *Proceſſ. Tit.* 2. *n.* 75. Sicuti & Iure Saxon *Lib.* 3. *Art.* 78. ſcriptura non neceſſaria poſt Konig. *Proceſſ. Cap.* 102. *n.* 17. Sneidvin. *in* §. *curare.* 32. *Inſt de act. n.* 6. Reinh. *Diff. iur. civ. & Sax.* 35. *P.* 4. In curiis tamen Saxonicis per actuarium, ſeu Protonotarium recitari ſolet. Sedere quoque iudices moris fuit, ſicuti Advocatos ſtare. Unde conſeſſus iudicum, & ius ſedendi, *L. quiſque* 6. *in fin. C. de poſtul. Nov.* 82. *Cap.* 3. *initio*. Indeque arguunt a ſtante iudice ſententiam ferri non poſſe, Trentacinque & ab eo citati *d. Reſol.* 2. *n.* 7. vid Pollet. 1. *Hiſt. fori.* 5. *pag* 37. *& Cap.* 7. *pag* 49. qui rationem reddit. (1) quod animus ſedendo magis ſapiat. Sicuti Tranio apud Plaut. *Moſtella Act.* 5. *Sc.* 1.

. . . . *nimio plus ſapio ſedens*;

cum natura nulla moleſtis impedita conſtantius in rem propoſitam ſeſe intendat. (2) quod auctoritas magiſtratus ita magis conſpicua. Men. *Arb. Quaeſt.* 61. eo innui putat, quod ſedate & re accurate perpenſa iudicandum. Cæterum ſolemnitatem levem ſtatuit, quæ facile remittatur. Conf. Lang. 1. *Sem.* 3.

9) *Breviculo* ſane habet editio Haloandri ut & Pariſienſis de anno 1526. Quæ lectio arridet Alcia. 10. *Diſpunct.* 21. Rainal. Conſ. *Iudag.* 8. Perrenon. 2. *Animadv. & Var. Lect.* 17. cum *brevis* ſignificet chartulam, *L. ult, C. de conven. fiſci debit. Lib.* 10. *Cap.* 2. Confer. Mercer. 2. *Opin.* 17. Editiones Baudozæ & Ruſſardi habent *ex libello*, ſed hic in notis marginalibus teſtatur in omnibus MSS. haberi *periculo*. Et ſane eam voculam in omnibus, quos inſpexi, manu exaratis libris conſtanter reperi Unde eam recte, opinor, tuentur, Cuiac. 5. *Obſ.* 25. *in fin. & in Par. C. d. tit. de ſent. ex peric.* Rævar. *Protribun. C. ult.* Phil. Broidæ. *in Supplem. Hiſt fori Polletti Lib.* 5. *Cap.* 15. P. Fab. 2. *Semeſtr.* 24. *pag.* 360. Langlæ. 5. *Semeſt* 5. *pag.* 244. (licet ipſe diſſentire videatur eod. *Cap. pag.* 239.) Bernard. Autum. *not. ad Langla. d. Cap.* 5. Nam pari modo concepta non ſolum rubrica *Cod. Theod Lib.* 4. *tit.* 17. Sed. & *L.* 2. *eod. tit.* habetur, ſententiam *ex periculo* promi debere. Periculum itaque hic tabellam, ſeu libellum ſignificat, ut promere ex periculo ſit, de ſcripto eloqui ac recitare, Langlæ. *d. lo.* Quomodo Æmil Prob. *in Epaminonda*, a Thebanis Epaminondam petiiſſe, ut periculo ſuo inſcriberent, & Cic. *in Frumentaria* pericula Magiſtratuum vocat. Tametſi Perrenon. *d. loc.* columnam, ſeu ſtatuam in foro poſitam, quibus magiſtratuum nomina inſcripta, illic denotari exiſtimet. Et Hot. 3. *Obſ.* 20. diſcrimen, quod ex periculoſo iudicii eventu accidere poteſt, interpretetur. Qui ſane in eo recte Cuiacium refellit, quod is *ex periculo* exponit quaſi per indicem, cum utique ſententiæ non ſummatim, ſed integræ recitari debeant. Sed & quod Feſtus ait *Lib.* 14. Catonem poſuiſſe in Oratione *Periculatus ſum*, Rævar. *d. loc.* accipit pro eo, quod eſt; libello complexus ſum, etſi vulgo exponatur, periculum ſubii, Perott. *Cornucop. in* 41. *Martial. Epigramma*. Atque ita voculam *periculo* idem Rævardus exponit in *L.* 20. *pr. Quod vi aut clam*.

10) Vid. Matheſilan. *ad d. L.* 6. *de ſent.* Weſ. *ad Rub. Cod. de ord. iudic. n.* 24. *& Conſ.* 43. *n.* 44. *&* 2. *ſeqq. & n.* 59. *& ſeqq.* Menoch. 1. *Arb. Q.* 64 Coler. *Deciſ.* 206. Maranta *P.* 6. *tit. de ſentent. n* 72. *& ſeq.* Horat. Carpan. *Statut. Mediol. Vol.* 1. *Cap.* 31. Poll. 1. *Hiſt. fori* 2. 3. *&* 4 P. Greg. 2. *de Rep.* 6

11) Iudicari quoque poteſt, tum mane, tum meridie & veſpere, *Nov.* 82. *Cap.* 3. ſcilicet uſque ad occaſum Solis. Quomodo in L. 12. tab. SOLE OCCASO DIEI SUPREMA TEMPESTAS ESTO, *Agell.* 17. *Noct.* 2. Neque enim noctu iudicia exerceri aut ſententias ferri poſſe obtinuit, per *L.* 2. §. 31. *de O. I. Cap. conſuluit. de offic. deleg.* vid. Marcil. *in L.* 12. *tab collect. Cap.* 8. Scip. Gentil. 2. *de iuriſd.* 19. *pag.* 317. Menoch. 1. *Arb Q.* 62. Ioſeph. Cumia *Practica Syndicatus Cap.* 17. *n.* 43 Vant. *de Nullit. ex defect. iuriſdict. ordinar. n.* 132. Weſ. *ad titul. Cod. de ord ind. n.* 25. Maranta *hoc tit. n.* 92 fuſe Polydor. Ripa. *de Nocturno tempore, Cap.* 134 Lancell. Conrad. *de Off. Praet. in cauſſ. civil.* v. *Sententia n.* 41. Confer. Ræv. *ad LL.* 12. *tab. Cap* 7. Gœd. *ad L.* 2. §. 1. *de V. S.* Niſi conſenſus partium accedat, vel contra ſe habeat conſuetudo, Menoch. Vant. & Mar. *dd. LL.* Polyd. Ripa *dict. Cap.* 134. *n.* 30. *& n.* 45. & Lancell. Conr. *d. n.* 41. ex quibus plures exceptiones pete, Areopagitæ noctu iudicarunt, vid. *ſupra Lib.* 17. *Cap.* 24. *N.* 14.

Digitized by Google

bendi ſunt. Per ferias ſi quid iudicatum ſit, nemo iudicatum facere cogitur. *L. 1. D. de feriis. L. ſi ut proponis, C. quom. & quand. iud.* de hoc iure ſupra a me dictum eſt, lib. XXIV. cap. 7.

DE APPELLATIONIBUS.

CAP. IV.

Cur prodita ſit appellatio: Quid ſit: Et quibus capitibus contineatur quæſtio de appellationibus.

Tranſitio ad appellationem: qui finis appellationis I.
Appellatio quid ſit, & de locutione, ſeu de ſignificatione eius & Coniugatorum II.
Tractandarum rerum methodus & partitio III.

I. Rebus rite iudicatis ſtandum eſſe non ſemel diximus ad titulum *de re iudicata. D.* ſed hac conditione, ſi appellatum non ſit. *L. cum prolatis. D. de re iud.* Nempe ita ius eſt, ut poſt rem iudicatam, niſi quid aliud impediat ſuperſit victo remedium appellationis: quo efficitur ut [1] ſuſpendatur & quodammodo extinguatur iudicatum. *L. & in maioribus C. de app. L. 1. §. ult. D. ad. Turpil.* de eo remedio reliquum eſt ad abſolutionem iudicii, & iuris noſtri proſecutionem, ut nunc dicatur.

II. Appellare autem eſt ſuperiorem iudicem appellare, qui de eadem re amplius cognoſcat, & iudicet, ac prius ſive decretum ſive pronunciatum ſententia ſua corrigat, & in melius reformet, ut colligere licet ex *L. 1.* in pr. *D. de appell.* Hoc idem provocare dicitur. *L. præſes, D. de re iudic. L. 3. §. ult. L. illud, D. de appell. L. eos tota, C. de accuſat.* legendo paſſim occurrit in hoc argumento. Unde illa; [2] Auxilium appellationis: auxilium ſeu remedium provocationis, pro eodem. *L. ſervi, D. de appell. L. hi qui, C. eod. L. 1. §. ſi quis ante, D. a quib. app. non licet, L. ſi actor, C. de app. d. L. 1.* in fin. *D. ad Turp.* Eſtque in eo hic uſus loquendi, ut quemadmodum dicitur appellari iudex, non appellari ad iudicem: ita dicatur iudex ſeu magiſtratus provocari, non provocari ad iudicem *L. 1. §. pen. L. Imperatores, §. 1. D. de appell. L. 1. D. quis a quo appell. L. ei cuius, D. de app. recip.* Quanquam & appellare ad Principem vel ad præſidem interdum legimus: ſed hoc rarius: ut in *L. ſi qui, §. 1. D. de app. L. 5. C. eod.* De hoc inquam, ſeu auxilio ſeu remedio quærimus.

III. Et quoniam appellatione, ut dixi, id agitur, ut quod ante adverſus nos ſtatutum eſt, ſuperioris iudicis ſententia reſcindatur, itaque efficiatur, ne nos teneat: hoc quærendum eſt, quomodo appellatione ad id perveniamus. Sic vero perveniri poteſt, ſi quibus in cauſſis appellare neceſſe eſt, ibi appellatio ante omnia iu-re

1) Suſpendi dicitur *L. 32. Cod. C. cum inter 13. extr. h. tit. L. 5. C. Quor. appell. non recip. L. 32. C. de tranſ. L. ult. Cod. ſent. reſcindi.* Exſtingui autem *d. L. 1. §. ult. ad SC. Turpil.* & fac. *L. 2. §. ult. de pen. L. 6. §. 1. de his qui not. inf.* Quibus cum haud probe convenire videatur: vulgaris eſt diſtinctio; quod extinguatur quoad ſtatum cauſſæ præſentem, cum exſequi ſententiam non liceat; ſuſpendatur autem reſpectu futuri temporis ac eventus, cum poſſit ſententia prior confirmari a ſuperiore & ita effectum ſortiri iudicatum. Panorm. & alii, ut refert P. Greg. *6. de App.* 11. *n.* 4. & probant Lanc. *de Att. P. 2. C. 12. præfat. n.* 926. Cov. *Pract. QQ. C.* 23. *n.* 1. Gail. 1. *Ob.* 144. *n.* 2. ſed reprobat Fr. de Cald. *ad L. 3. C. de in in. reſt. in definit. v. per quod priſtinum ius recuperat n.* 35. Quippe hac ratione prior ſententia confirmata effectum haberet, ac vires ſuas retro porrigeret contra *d. L. 6. §. 1. de his qui not. inf.* & immo non ex priori illa, ſed poſteriori confirmante agitur, vid *not. infra C. 9. N. 3.* Quare Caldas *d. loc.* ſuſpenſam dici ſententiam, quandiu appellans ſuperiorem non adit, cum poſſit ſententia appellatione deſerta in iudicatum tranſire; ubi iudex, prior exſequitur, vid, *not. infra C. 8. N. 7.* Extinctam autem, quando appellationem proſecutus, ſive prior ſententia reformetur ſive confirmetur; cum ex illa ceu extincta, nec agatur, nec exſecutio petatur. Confer. Hier. Mag. *Dec. Flor.* 198. Cacher. *Deciſ.* 5. And. Scheffer. *P. 1. Q.* 41. *n.* 4. *& ſeqq.* Non autem impediri præſumptionem iuſtitiæ prioris ſententiæ, ducent Lanc. *d. loc. n.* 125. Menoch. *Lib. 1. Præſumpt. Q.* 35. *n.* 20.

2) Add. *L. 17. L. 30. & paſſim. C. h. t. L. tale 40. §. 1. D. de pact. L. 244. de V. S.* Provocatio tamen verbum generalius eſt ac latius patet, quo omnis invocatio auxilii ſuperioris, & ita etiam ſupplicationes, &c. continentur, Marant. *P. 6. h. t. n.* 6. Hart. Hart. *T.* 19. *Obſ. ult.* Bod. 1. *de Rep. ult. n.* 161. Sed & verbi *appellare* ratione materiæ ſubiectæ acceptio variat. Sicuti dicitur appellari debitor *L. 16. §. ult. de fidei.* puella cuius pudicitia attentatur *L. 15. §. 17. de iniur.* & aliis modis. vid. *ſupra Lib. 17. C. 12. n. 10. N. 20.* P. Greg. 1. *de App.* 1.

re conſtituatur; tum detur opera, ut conſtituta perveniat ad eum iudicem, qui de appellatione cogniturus eſt: ſic denique ea introducta fungatur iudex ſuis partibus. Dicendum eſt igitur primum, quibus in cauſſis appellatio neceſſaria ſit: in quibus non ſit: ne forte eam fruſtra requiramus, ubi ea non eſt opus; ſecundo loco in appellatione neceſſaria, quæ eius conſtituendæ ratio ſit. Tertio quæ ratio eius introducendæ. Poſtremo quid appellatio efficiat: id eſt, quid dei litigatori ad agendum appellationis cauſſam: quid a iudice, qui de ea cognoſcit, exigat.

C A P. V.

Quas ad res reſcindendas proſit & ſit neceſſaria appellatio.

Appellatio ad delata civilia munera recuſanda, & ad retractandam ſententiam neceſſaria. I.

Quibuſdam tamen nec adverſus nominationem legitimam. II.

Quibuſdam vero nec adverſus ſententiam neceſſaria: quando hoc, & quatenus. III. II.

I. PRodita eſt duas ad res appellatio; ad delationem publici muneris, aut honoris defugiendam, & ad rem iudicatam retractandam: atque ita prodita; ut ſuperioribus rebus rite peractis, nec munus aut honorem delatum defugere liceat omiſſa appellatione, nec rem iudicatam reſcindere. A muneribus & honoribus iuſtæ cauſſæ excuſationem præſtant; ſed quæcunque cauſſæ ſint, eæ niſi interpoſita appellatione allegari non poſſunt. De quo ita cavetur in *L. hi qui*, *Cod.* de appell. *Hi qui ad civilia munera, vel ad decurionatum, vel honores devocantur, licet vacationem a principibus acceperint, ſi appellationis auxilio non utantur, conſenſu nominationem confirmant.* Congruit [1] *L.* 4. *L. cives*, *Cod. eod.* Eſt tamen in hoc genere, quod inter cætera munera & tutelam interſit. In cæteris enim muneribus delatis a nominatione appellare neceſſe; in tutela a repulſa demum excuſatione: & hoc utriuſque generis cum altero commune.

II. Illud proprium ſingulorum, quod ſunt quidam, quibus etiam adverſus legitimam nominationem non eſt neceſſaria appellatio: quidam quibus non eſt neceſſaria adverſus ſententiam quanvis rite latam. Adverſus nominationem non eſt neceſſaria veterano. De quo cautum eſt in *L. veteranis*, *C. quan. provoc. non eſt neceſſ.*

III. Adverſus ſententiam non eſt neceſſaria iis, qui ex pluribus cauſſis condemnati ſunt, ſi vel unus ex condemnatis appellavit: dum in communi cauſſa omnes condemnati ſint. Quod ut fiat planius de re ita ſtatuendum eſt: cum plures ſeparatim condemnati ſunt, quanvis ex eadem cauſſa, ut plures tutores aut curatores: pluribus eius appellationibus opus eſt; ut qui ex his non appellarit, intelligatur ſententiæ acquieviſſe. *L. ſi qui.* in pr. *D. de app.* Quo ſenſu accipiendum eſt, quod ſcribitur in *L.* 3. verſ. *certe*. *D. eod.* Quod ſi plures in communi cauſſa non ſeparatim [2] condemnati ſint, ita ſufficiet unum appellaſſe, ut unius victoria etiam ei proficiat, qui non provocavit. *d. L. ſi qui*, §. *ult.* *L.* 1. & 2. *C. ſi unus ex plurib. appellaver.* Adeo autem plures ſententiæ adverſus plures ſeparatim latæ, quanvis ex eadem cauſſa, plures deſiderant

[1]) Add. *L.* 1. §. 2. *D. Quand. app.* *L.* 1. *pr. D. de vacat. mun.* *L.* 2. *Cod. de decur.* *Lib.* 10. *tit.* 31. *L.* 4. *Cod. de munerib. patrim.* *Lib.* 10. *tit.* 41. *L.* 1. *tit. ſeq. quem. civ. mun. ind.* *L. un. Cod. de vacat. publ. mun.* *Lib.* 10. *t.* 45 *L. ult.* *C. Qui at. vel profeſſ. ſe excuſ.* *Lib.* 10. *t.* 49. *L.* 2. *L. ult.* *Cod. de filiisf. & quemad. civ.* Ac quidem a muneribus & auctoritate & utilitate publicis ab ipſa nominatione, ſeu electione appellandum, ut *in alleg. LL.* cumprimis *d. L. ult. Cod. Qui at. vel profeſſ.* dicitur: *ſi a nominatione facta appellationis*, &c. in iis autem quæ utilitate privata, ut tutela, a reiecta demum excuſatione, ut *ſupra Lib.* 3. *C.* 9. *n.* 50 52. *N.* 17. Maranta. *P.* 6. *h. t. n.* 324 P. Greg. *Lib.* 2. *de Appell.* *C.* 21 Ant. Fab. *C. lib. h. t. defin.* 8. *&* 1 *Quor. app. non recip. defin.* 1. *&* 2. ubi ſcita ratio. Chriſtoph. Beſold *h. t. Cap.* 7. *n.* 12. Et cauſſa hic agitur inter nominatum & nominatorem, Cuiac. 9. *Obſ.* 35. add. Menoch. *Arb. Cap.* 327. Sed & ab electione appellari ita poteſt, ne electus admittatur, quod vel indignus, vel potior alius nominandus, P. Greg. *h. t. Lib.* 1, *C.* 12. *n.* 2. Georg. de Cabed. *P.* 2. *Deciſ.* 84 *n.* 16. Non autem appellatio ei cui alius prælatus, Raudenſ. *Dec.* 33. *n.* 67.

[2]) Si & eadem in illa defenſionis cauſſa, ſecus ſi diverſa, *d. L.* 10. §. *ult.* vid. P. Fab. 2. *Semeſtr.* 25. *pag.* 371. P. Greg. *h. t. Lib.* 5. *C.* 5. Beſold. *h. tit. C.* 5. *n.* 4. Gail. 1. *Obſ.* 126 *n.* 3. Matheſilan. *ad t. C. ſi un. ex plurib.* P. Æmil. *Deciſ. Rota* 37. *Part.* 1. Vinc. de Franch. *Deciſ.* 467. Trentacinq. 2. *Pract.* *Reſol. h. t. Reſol.* 7. *n.* 7. *& ſeqq.* Hart. Piſt. *Lib.* 1 *Q.* 47. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 7. Frider. *de Proceſſ.* *Lib.* 3. *de Cont. cauſ. Cap.* 16. Et quod in appellatione plurium conſortum non neceſſe ſit ſingulorum nomina exprimi, Mynſ. 2. *Obſ.* 66.

rant appellationes, ut ſi vel in una cauſſa, & adverſus eundem ſeparatim duplex ſententia diviſa detur, veluti, una ſortis, & altera uſurarum, placeat duplicem appellationem eſſe neceſſariam. *L. cum in una, D. de appell.*

C A P. VI.

Iuſtas eſſe cauſſas, cur non recipiatur appellatio, & quæ ſint. In quo hæc explicantur: qui appellare non poſſint: a quibus non appelletur: Quibus in cauſſis liceat appellare: A qua ſententia: quoties: Tum intra quæ tempora appellandum ſit, & quomodo. Poſtremo cuius ſit recipere aut repudiare appellationem: Et quid ſi appellator de non recepta queratur.

Continuatio. Facultas appellandi cuique libera. I.

Sed tamen appellatio aut a iure non admittitur interdum, aut certa dumtaxat lege ſeu modo. II.

Non admittitur appellatio ex quinque cauſſis & quæ illæ. III.

1. *Ex Appellantis perſona aut in aliena cauſſa, aut in ſua.* IV.

In aliena: *plerumque nemini licet appellatio; & quando ſecus.* V.

In ſua: *intereſt, an qui iudicio expertus appellet, an alius cuius intereſt.* VI.

Priore caſu libera cuique appellatio, niſi quæ obſtent: huius generis quæ; obiter de ſingulis. VII. VIII. IX. X. XI.

Poſteriore: ille cuius intereſt, etſi iudicio non expertus, appellare permittitur, & quatenus. Intereſſe *quid ſignificet* XII. XIII.

In teſtamenti cauſſa ii, quorum intereſt appellare prohibentur, niſi tamen heredis colluſionem obiiciant. XIV.

2. *A Perſona principis, eiuſque conſiliariorum, Senatus, præfecti prætorio, & iudicis a principe dati ſine provocatione.* XV.

Adverſus reſcriptum principis provocare licet, & quomodo. XVI.

Item a quovis iudice, ſi ſuperiores exceperis, illo etiam qui ſit reſcripto principis datus. XVII.

Non tamen ab executore ſententiæ, niſi forte is male ſententiam interpretetur. Hoc quid ſit. XVIII.

3. *A cauſſis quibuſdam. Quæ illæ: obiter de ſingulis.* XIX. XX. XXI. XXII.

4. *Ab interlocutoria ſententia, niſi hæc irreparabile damnum afferat.* XXIII.

Ab interlocutoria tamen, & quocunque gravamine licet appellare ex Iure Canonico. XXIV.

5. *Si tertio iam fuerit appellatum.* XXV.

Tempora appellationis legitimæ quæ ſint. XXVI.

Item quæ appellationis ſolemnia, quæ libellorum conceptio & forma. XXVII.

Offerendi libelli iudici a quo appellatur; ſi per eius violentiam non liceat, publice proponendi. XXVIII.

Appellationis minime receptæ quis ſit iudex appellandus, & quomodo. XXIX.

Iudex appellatus adeundus intra appellatoria tempora; quæ ſint hæc, alibi auctor. XXX.

De vi huius poſterioris appellationis. XXXI.

Quæ ſit eade re auctoris opinio, & quibus fulciatur rationum momentis. XXXII.

Contrariis occurritur; & diſtinctione habita res tota planius explicatur. XXXIII. XXXIV.

I. SI appellatio neceſſaria erit: primum eſt, ut ea iure interponatur, conſtituaturque. Conſtituendæ hæc ratio eſt, ſi recipiatur a iudice, a quo appellatur. Quid ergo, dicat quiſpiam, poteſt iudex hanc repudiare? Atqui de poteſtate appellandi ita cautum eſt legibus: & in maioribus, & in minoribus negotiis appellandi liberam [1] facultatem eſſe. *L. & in maioribus. L. ſi quis, C. de appell. cap. de appel-*

1) Uſumque frequentem & neceſſarium, *L. 1. pr. hoc* ꝙ. vid. P. Gregor. *h. Tr. Lib. 1. Cap. 5.* Beſold. *Cap. 1.* Brederod. *h. Tr. Parte 1. Tit. 2.* Quam plerique iuri naturæ adſcribunt, quippe cuius eſt defenſio, unde nec ſtatuta

appellationibus. 2. extr. ſi de appell. Ex quo eſt, quod imperatores prohibent vim; aut minas inferri appellantibus: & ſi quis prohibeat victos appellare, minantur ſe ultores futuros. *l. minime, d. L. ſi quis, C. eod. l. ...* *D. eod.* Quæ ſi de hac re facultas eſt: fruſtra expectatur auctoritas & approbatio iudicis, in eo, quod etiamſi velit denegare [2] non poteſt. Et eſt ſane ita, ut niſi quid nominatim prohibeatur, ſit ubique ea facultas appellandi, quam modo dixi.

II. Sed eſt in ea, itidem ut in cæteris fere rebus conceſſis, quod iure excipiatur. Primum non paſſim admittitur appellatio: ſed multis de cauſſis in totum inhibetur. Tum autem cum admittitur, non admittitur, niſi certa lege. Nam & certo modo appellandum eſt, & appellandum intra certa tempora iure conſtituta. Quibus rebus prætermiſſis fruſtra appellatur. Hinc totidem cauſſæ non [3] recipiendæ appellationis, quæ ob eam cauſſam æſtimandæ iudici permittuntur, ut ſi re cognita ab eo recepta fuerit appellatio, hæc iam pro iuſta habeatur. Sitque plane conſtituta. Quare quid in univerſum hic liceat, & quatenus videamus.

III. Eſt igitur, ut dixi, cum plane appellatio non admittatur. Quominus admittatur, in cauſſa ſunt alias perſona appellantis; alias iudicis dignitas, qui iudicavit; alias cauſſa, de qua actum eſt: nonnunquam genus ſententiæ: poſtremo etiam numerus appellationum ſæpius interpoſitarum.

IV. In perſona appellantis ſpectandum eſt, utrum in aliena cauſſa quis appellet, an in ſua.

V. In aliena cauſſa ei, qui iudicio expertus non eſt, appellare [4] non licet. *L. 2. verſ. ſed dicendum, D. quando app. ſit.* Quod ſic accipiemus, niſi aut ei [5] mandatum ſit, aut cum appellaſſet, dominus ratum habuerit. Placet etiam ſi mater, cum filii rem ſententia verſam animadverteret, provocaverit, pietati id dando, & hanc [6] audiri debere: hæc in *L. 1. D. de app. recip.* Hoc amplius humanitatis cauſſa receptum eſt, ut quilibet appellare poſſit nomine eius, non tantum, qui ad ſupplicium ducitur, ſed etiam qui ſupplicio addictus eſt: quanvis ille [7] repugnet. *L. non tantum, D. de app. L. addictos, C. eod.* Quemlibet cum dicimus, liberum intelligere debemus. Nam ſervus ne domini quidem nomine appellare permiſſus eſt. *L. ult.* in pr. *D. eod.* Recte autem editum eſt, ei qui iudicio expertus non eſt. Is enim qui iudicio eſt expertus, quanvis alienam cauſſam agat, ut procurator: tamen lite conteſtata dominus litis efficitur, ut recte placeat eum, ſi victus ſit, appellare poſſe, & quidem per procuratorem. *L. 4. §. ult. D. de app.*

VI. In ſua cauſſa ſi quis appellet, id eſt, ſi appellet is, cuius intereſt: refert, utrum ipſe dum cauſſam ageret victus ſit, an alio condemnato appellet.

VII. Omnibus qui iudicio experti ſunt in ſua cauſſa appellare permittitur ſine con-

tuto effici poſſe, ne appellare liceat, docent, Mynſ. 1. *Obſ.* 14 quia alia, ait, ratio pacti, quod non directo offendit ius ſuperioris, & citati a Treutlero *Vol* 2. *Diſput.* 33 *Theſ* 1, Et quod appellationem iuſtam nec Princeps tollere poſſit, Vaſq. 1. *Contr uſu freq.* 3. *n.* 4 *&* 5. Verum Pinel *ad Rub. Cod. de re'cin vend. Parte* 1. C. 2. *n.* 21 non proprie eſſe defenſionem ſtatuit, quia, ait, an ſint plures inſtantiæ mere arbitrarium eſt, nec reſpicit iuſtitiam cauſſæ. Nemo enim ſcire poteſt, an rectius in primo vel ſecundo tribunali iudicetur. Et Knich. *de Sax. non provoc. iure v. ius. Cap.* 2. *n* 176. *& ſeq* iuris civilis &c. hanc eſſe contendit. Qui *d. Cap* 2. *n.* 50. *& ſeqq.* diſquirit, num uſu immemoriali effici poſſit, ne a quopiam appelletur, Certe Princeps & cauſſam certam appellatione remota delegare, ut *infra N.* 21. generale privilegium de non appellando tribuere poteſt.

2) Ac quod recipere iudex teneatur præter *L.* 21. *Cod. hoc tit* Novellis textus diſertiſſimus *Novell.* 82 *Cap.* 12. *&* 13. *Novell.* 126 *Cap.* 3 *pr. & Novell.* 134 *Cap.* 3. verſ *ult* Quos tamen DD illi non adducunt, qui generaliter definiunt appellationem in dubio permiſſam cenſeri, eique deferendum eſſe, Tiraquell. *Tr.* Le mort ſaiſit le vif, *Parte* 6. *Declar* 6. *n.* 9. Marant. *Part* 6. *hoc tit. n.* 399. P. Gregor *Lib* 2 *Cap.* 1. *n* 1. Beſold. *Cap.* 15. *n.* 1.

3) Et plane non recipiendæ, quas calumnioſe interponi apparet, non ſpe victoriæ, ſed ut iudicati vires ſuſpendantur; & ſubterfugia captentur, vid. P. Gregor. *hoc tit. Lib* 1. *Cap* 13 *& Cap ultim* Marant. *hoc tit. n.* 347. Menoch *Arb* C. 197. Nimius quippe huius remedii ad iniquitatem abuſus, Gail. 2 *Obſ.* 128. *n* 2. Broidæ *Supplem Hiſt fori Pollettus Lib* 5. *Cap* 17 *pag.* 545. P. Heig. *Parte* 1. *Q.* 10. *n.* 10. *& ſeq.* Knich. *ſupr. d. loc. Cap.* 3. *n.* 58. *& ſeq.* Hinc inolevit, ut deferant appellationi cum clauſula: *Si & in quantum de iure &c.* Grav. *ad Veſtr.* 7. *Pract ultim. n.* 22.

4) Vid. P. Greg. *h. Tr. Lib.* 2. *Cap.* 14. *& Lib.* 3. *Cap.* 2. Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 39. Beſold. *h. Tr. Cap.* 5. *n.* 11. Filiusfamilias nomine patris auditur, *L.* 23. §. 2. *hoc tit.* vid. Guid. Papæ. *Deciſ.* 203.

5) De appellatione Procuratoris, vid. M. Anton. de Amatis *Deciſ.* 37. Achill. de Graſſ. *Deciſ. Rota* 230. *et* 235. *& ſeq* Brederod. *hoc tit.* 13. v. *Procurator.* Et num teneatur appellare, item appellationem proſequi, *ſupra Lib.* 18. *Cap.* 16. *n.* 6. *& ſeqq. ibique not.* Beſold *h. Tr. Cap.* 5. *n.* 7. *&* 8.

6) Vid. Harpr. *ad* §. 1. *I. de iis per quos agere, n.* 101. ubi ratio differentiæ, cur mater in ſecundo hoc iudicio admittatur, quæ non item in primo.

7) Humanitatis conſideratione, ut ait *L.* 6. *in fin. C. de Epiſc. aud.* Nec audiendus Hoſtienſis, qui requirit, ut poſtea ratum habeat, P. Gregor. *Lib.* 2. *Cap.* 7. *n.* 30. Minus vero qui interpoſitionem ſolam admittunt, ut perſecutio deinde fiat ab ipſo reo, ut Beſold. *hoc tit. Cap.* 7. *n.* 11. Contra enim rectius P. Gregor. *d. Cap.* 7. *n.* 32. Quem de hoc vide *ibid. &* 32. *Synt* 24. *n.* 15. *& ſeqq.* Broidæ. 5 *Hiſt. fori* 17. *p.* 549. Padilla in *L. tranſigere n.* 9. (idem ſtatuens in condemnato ad membri abſciſſionem, ut & P. Gregor. *d. Cap.* 7. *n.* 13.) P. Frid 3. *de Contin. cauſſ.* 8. *n.* 21. Vaſq 1. *Ill. Contr.* 43. *n.* 30. *& ſeqq.* Ubi 8. obiectiones diluit, *& Contr.* 2. *uſu freq.* 39. *n* 23. ubi extendit ac reſtringit. Confer. *not h* C. N. 26. Idem ſtatuit Vaſq *d Cap.* 41. *n.* 9 *& ſeqq* de condemnato in cauſſa civili, cuius tanta egeſtas, ut ipſe appellare nequeat, ut quod favor vitæ operatur ratione cuiusvis, idem paupertatis favor efficiat reſpectu inopis.

controverſia: niſi ſi cui perſonæ conditio, aut contumacia, aut delicti genus, aut conventio ſua, & conſenſus obſtet.

VIII. Obſtat perſonæ conditio ſervis: de quibus ita ſcriptum eſt in *L. ſervi*, *D.* de appell. *Servi appellare non poſſunt. Sed domini eorum ad opem ſervo ferendam, poſſunt uti remedio appellationis, & alius domini nomine id facere poteſt. Si vero neque dominus, neque alius pro domino appellaverit, ipſi* [8] *ſervo qui ſententiam paſſus eſt, triſte auxilium ſibi implorare non denegamus.*

IX. De contumacibus ita ius eſt: qui cum ad agendam cauſſam legitimis edictis vocatus eſſet, abſens condemnatus eſt, ſiquidem abfuerit per contumaciam, eius appellatio recipi non poteſt. *L.* 1. *L.* 4. in fin. *Cod. quor. appell. non recip. L. & poſt.* §. *ultim. D. de iud. L. ex conſenſu*, §. *ultim. D. de app.* Quis per contumaciam abeſſe intelligatur, docemur in *L. contumacia*, *D. de re iud.* Notandum eſt adverſus eos tantum, qui per contumaciam abſunt, conſtitutum hoc ius eſſe. Quod ſi quid aliud in iudicio per contumaciam quis non faciat, veluti ſi non exhibeat inſtrumenta, nihilominus [9] eo nomine condemnatus appellare poteſt. *L. creditor*, §. 1. *D. de app.* & delicta quædam ſunt, ob quæ damnatis appellandi poteſtas denegatur.

X. Primum insignes latrones, ſeditionum concitatores, duces factionum in ea cauſſa ſunt, ut placeat eos damnatos ſtatim puniri debere, quia publice intereſt, proindeque eorum appellationes [10] non recipi. *L. conſtitutiones*, *D. de app.* His proximi ſunt homicidæ, venefici, malefici, adulteri, item ii, qui manifeſtam violentiam commiſerunt. Nam & de his conſtitutum eſt, ne appellationes audiantur: verum hac lege ſi non ſolum legitimis probationibus convicti damnati ſint, ut priores illi; ſed ſi etiam voce propria vitium, ſcelusque confeſſi ſint, ut comprehenſum [11] eſt *L.* 2. *C. quor. app. non recip.* Ad hæc *L.* 3. *C. eod.* ſic vulgo accepta eſt, ut officialis a ſuo iudice condemnatus ob delictum in officio commiſſum appellare [12] non poſſit.

XI. Si deſint cætera, placet in univerſum pacto [13] effici poſſe inter litigatores, ne cui eorum appellare liceat. *L. ult.* § *ult. C. de. temp. appell.* Quinimo ut nihil inter eos convenerit, ſi quis ante ſententiam profeſſus fuerit, ſe a iudice non provocaturum, provocandi auxilium [14] perdidit. *L.* 1. §. *ſi quis. D. a quib. app. non licet.* Non intelliguntur quidquam iſtiuſmodi conveniſſe, qui iudicem ex conſenſu ſumpſerunt. Itaque recte viſum eſt a iudice ex conſenſu litigantium dato victum poſſe provocare. *L. ex conſenſu*, *D. de appell.* Cæterum licet ei qui appellavit, renunciare appellatio-

8) P. Gregor. *Lib.* 5 *Cap.* 1. *n.* 10. Auditur & excommunicatus & bannitus, vid. Beſold. *hoc tit. Cap.* 5. *n.* 1. Brederod. *Parte* 1. *Tit.* 13. *pr.* ut & minor ſine curatore, cum interpoſitio huius non ſit verus actus iudicii, poſt Cothman. *Conſ.* 35. *n.* 1. *& ſeqq.* Beſold. *d. loc.*

9) Quæ vulgaris diſtinctio eſt inter contumacem in non veniendo, *d. L.* 23. §. *ult. & ſimil Nov.* 82. *Cap.* 5. & in non parendo, Alb. Galeot. *Margarita aurea Cap.* 26. *n.* 12. P. Gregor. *Lib.* 5. *Cap.* 4. *n.* 5. *& ſeqq.* Requiritur autem vera contumacia, non ficta aut præſumpta, P. Gregor. *d. Cap.* 4. *n.* 1. *&* 2. Beſold. *Cap.* 6 *n.* 4. Cravetta *de Antiq. temp. Parte* 2. §. 1. *n*, 3. Gotier. *Lib.* 1. *Pract.* Q. 50. *n.* 1. Plura de hoc Maranta *h. tit. n.* 284. *& ſeqq.* Menoch. 1. *Arb.* Q. 70. *n.* 38. (ubi nec ſupplicationem ei ſupereſſe docet) Hartm. *Tit.* 19. *Obſ.* 36. M. Ant. de Amatis *Deciſ.* 36. Meichſner. *Tom.* 2 *Lib.* 2. *Deciſ. Cam.* 1. *n.* 58. *& ſeqq.* Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10. *n.* 5. *& ſeq.* & maxime *n.* 21. Rauchb. *P.* 1. Q. 14. *n.* 10. *& ſeqq.*

10) Ubi non coniunctim probatio & confeſſio requiruntur, ſed alterutrum ſufficit, Rauch. & ab eo citati *Parte* 2. Q. 8 *n.* 11. *& n.* 16. His accenſendi monetæ adulteratores *L.* 1. *in pr. L.* 2. *in fin. Cod. de falſ. monet.* Marant. *hoc tit. n.* 294. Bronch. 2. *Miſc.* 74. raptores virginum, *L.* 1. *in fin. pr. Cod. de rapin virg. C. pervenit*, 13. *& ſeqq. extra h. t.* Marant. *d. loc. n.* 295. etſi convicti ſolum nec confeſſi, Rauchbar. *d.* Q. 8. *n.* 10. Hæreſeos condemnati, *C. ut inquiſitionis* 18. *de haret. in* 6. Marant. *d. loc. n.* 299. Reum autem hæreſeos, necdum iudicatum, ſi gravamen contingat in proceſſu, appellare poſſe, vult Gundiſſalv. de Villadiego *de Hareticis* Q. 18. *n.* 1. add. Ludov. Carer. *Tr. de Hareticis*, *n.* 129. Perduellionis rei, Marant. *d. loc. n.* 297. Decian. *Lib.* 7. *Tr. crimin. Cap.* 6. *n.* 14. *& Cap.* 37. *n.* 30. Rauchb. *d.* Q. 8. *n.* 9. etſi contraria dicatur, communis, *ibid.* & ex Vivio Ioan. Ruland. *Addit. ad Marant. d. loc.*

11) Ita Rauchb. *d.* Q. 8. *n.* 17. Maranta *h. t. n.* 292. Convicti ſcilicet probatione clara, confeſſi ſponte, Maranta *ibid.* Nam ut tormentis extorta confeſſio teneat, requirunt, ut poſt intervallum diei naturalis ſive 24. horarum, nec minus, libere repetita ſit, Mattheſilan. *ad d. L.* 2. *n.* 5. Confer Mynſ. 5. *Obſ.* 23. Cæterum etſi convictis ſolum appellatio non adempta, niſi in caſibus *N. praecedentis*, tamen confeſſos ſolum non admitti, quoties pœna certa lege definita, rationis eſſe, & utrique iuri conveniens, vult Rauchb *d.* Q. 8. *n.* 32. *& ſeqq.* Adi & Mattheſil. *ad d. L.* 2. P. Greg. *Lib.* 2. *Cap.* 8. Beſold. *Cap.* 6. *n.* 1. fuſe Brederod. *h. Tr. Parte* 1, *Tit.* 13. v. *condemnatus*.

12) Vid. Mattheſilan. *ad d. L.* 3. Maranta *h. t. n.* 301. *& ſeq.* Brederod. *h. Tr. Parte* 1. *Tit.* 15. verbo: *a Syndicatoribus*.

13) De vi talis conventionis vid. Marant. *h t. n.* 341. *& ſeqq.* Mynſ. 1. *Obſ.* 14 Damhuder. *Praxi civ. C.* 234. *n.* 6. Beſold. *Cap.* 6. *n.* 3. Franc. Pfeil. *Conſ.* 178. & omnino Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. h. t. Reſol.* 11. P. Greg. *Lib.* 5. *Cap.* 3. fuſe diſceptans.

14) Secus eſſe, ſi dixerit ſe velle ſtare ſententiæ, ſtatuit Marant. *n.* 317. Cuius defenſionem ſuſcipere nolim. Cæterum & poſt ſententiam latam tacite appellationi renunciaſſe intelligitur, qui parere aut implere cœpit, Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 230. *n.* 4. qui dilationem petiit intra quam ſolveret *L.* 5. *C. de re iud.* Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 2. *Comm Concluſ. tit. de appell. Concl.* 3. Ant. Fab *C. ſuo* † *Quor. app. non recip defin.* 12. (excipiens niſi cauſſa ſit reſtitutionis in integrum ob ætatem, dolum adverſarii, ſexum &c.) aut ſi aliter ſententiæ acquievit, eumve actum comprobavit, Marant. *h. t n.* 317. *&* 342 Quare utile eſt proteſtari, quod per comparitionem coram inferiori, non intendat renunciare iuri appellandi, Bover. *Sing.* 68. *num.* 1.

lationi ſuæ rebus integris, id eſt priusquam appellationem ad ſuperiorem iudicem [15] introduxerit. *L. ſi quis libellos, C. de appell.* & *c. quamvis. extr. de elect. lib. 6.* Vel antequam iudex appellationem ſuſceperit, vel alteri delegaverit. Sic tamen ut ſumptus adverſario reſtituat. *c. interpoſita, extr. de appell.* Hæc de his, qui ipſi iudicio experti victi ſunt.

XII. Quid his liceat, qui cauſſam non egerunt, quorum tamen intereſt videamus. Et placuit, quanvis alio condemnato, non minus eum quoque cuius intereſt [16] appellare poſſe: ſed hac conditione ſi is ceſſet, qui victus eſt. Et quoniam non multum refert utrum victus non appellet, an appellet quidem, cæterum non ex fide cauſſam agat, viſum eſt hic quoque ei, cuius intereſt idem tribuendum: non quidem ut ipſe novam appellationem interponat, cum ſit a condemnato interpoſita: ſed ut defenſio cauſſæ perinde illi committatur, ac ſi ipſe appellaſſet. Licet hæc colligere ex *L. 4. §. 1. D. de app.* ac ne exempla deſint eorum, quorum intereſt alios, qui de re egerunt non condemnari, plura eodem illo loco proponuntur. Eodem pertinet. *L. 5. eo tit.*

XIII. Illud de verbo monendi ſumus, intereſſe alicuius ſic accipere nos hoc loco, non tantum ſi eius pecuniariter interſit, id eſt, ſi alio condemnato aliquid ei abſuturum ſit de re familiari, ut alias fere accipi ſolet: ſed etiam ſi quod incommodum famæ & exiſtimationis ad eum pertineat. Ut puta, dicimus hic intereſſe patris filium non pronunciari ſervum aut libertum, quia non poſſit filius talis eſſe, quin eius rei dedecus, vel civitatis minutio patrem quoque attingat. Item intereſſe propinquorum, ut quis propinquus capite damnetur: quia putatur nota capitalis alicui inuſta ad totam familiam pertinere. Hac de cauſſa, & illic patri filio damnato, & hic propinquis alio propinquo damnato [17] appellare permittitur. *L. 2. §. ſi is qui.* & *§. ult. D. quand. ap. ſit.*

XIV. Non eſt tamen hoc perpetuum, ut cuius intereſt, ei appellare liceat Non enim pertinet hoc ius ad eos, quibus teſtamento inofficioſo quid datum relictumve eſt: ſive legatum quid ſit, ſive civitas data. Intereſt horum omnium heredem ſcriptum præſentem non vinci in cauſſa inofficioſi teſtamenti: quia ex inofficioſo teſtamento, de quo præſente herede ſcripto pronunciatum ſit, neque legata neque civitates debeantur. *L. Papin. §. ult. D. de inoff. teſt. L. ſi proluſorio. §. 1. D. de app.* Verumtamen non permittitur his ex ſupra ſcripta cauſa appellare, niſi hac lege, ſi dicani, per colluſionem eſſe pronunciatum, aut tranſactum cum herede inſtituto. *L. 5. §. 1. d. L. ſi proluſorio, D. de app.* Colluſione obiecta non tantum his licet appellare, ubi victus heres ceſſavit: ſed etiam appellatione ab eo interpoſita, poſſunt agere cauſſam appellationis *L. 5. §. 1. D. de app.* Plane his ita conſultum eſt rebus integris, ut ſi his vel ſuſpecta tantum ſit colluſio, id eſt, ſi ſuſpicentur non ex fide heredem cauſſam agere, poſſint agere cauſſam apud ipſum iudicem, qui de teſtamento cognoſcit. *L. ſuſpecta, D. de inoff. teſt. d. L. si proluſorio. D. de app.*

XV. Ut non omnibus appellare permiſſum eſt: ſic nec ab omnibus iudicibus. Principio a Principe [18] appellare fas non eſt. Quod etiam monere ſtultum eſſe

15) Apud nos res integra habetur ante emiſſam citationem ad proſecutionem appellationis, Moller. 4. *Semeſtr.* 35. De hac renunciatione, vid. P. Greg. *Lib.* 8. *C.* 4. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. h. t. Reſol.* 8. qui ſeptem caſus diſtinguit. Confer. Ant. Fab. *C. jus de temporib. app. defin.* 8. impune renunciari volens intra decendium a die ſententiæ, ſi forte ea ſtatim interpoſita, poſt illud non niſi expenſas, quibus cauſſam dedit, adverſario reſundat. Cæterum & intra decendium hoc variationem concedunt, ut appellationis interpoſitæ pœnitentia ductus ad alium ſuperiorem, ad quem etiam cauſſa devolvi poſſet, appellet. Quo de Gutierr. *Lib.* 1. *Pract.* Q. 108. Cacheran. *Deciſ.* 131. qui contra ſentire videtur, ſi appellationi iudex a quo detulit.

16) De appellatione tertii, non pigebit te conſuluiſſe, Gaſſ. 1. *Obſ.* 22. Covar. *Pract.* QQ. *C.* 15. P. Greg. *Lib.* 5. *C.* 2. Brederod. *P.* 1. *Tit.* 13. v. *Tertius.* Sed hoc intereſſe non ſit ſeparatum a iure principalis, P. Greg. *d. C.* 1. *n.* 21. ac de eo prius doceatur, ſaltem ſummarie *ibid n* 20. aut probetur ſemiplene, Gabr. Saraxna *not. ad Matheſilan. Sing.* 213. & nuncupatim cauſſæ ſeu gravamina exprimantur, Gail. *d. Obſ.* 122. *n.* 6. Matheſ. *d. Sing.* 123. Aliud autem ſi adhæreat interpoſitæ a principali, quam eo non proſequente, ipſe proſequi poteſt, vid. Gail. *dict. loc.*

17) Dominus quando pro ſubdito recte appellet, quod ſua interſit, vid. Guid. Pap. *Deciſ.* 464. Gail. 1. *Obſ.* 125. Maritus an & quando pro uxore ſine mandato recte appellet, Gail. 1. *Obſ.* 133.

18) Quod & ſcite confirmat Æneas Sylvius *Tract. de Ortu & auctoritate Imp.* C. 22. *& ſeq.* Sicuti rivuli a mari fluentes, dum ad mare reverſi ſunt, quieſcunt, P. Greg. 9. *de Rep.* 1. *n.* 38. vid. idem *Lib.* 3. *de Appell. Cap.* 7. Bodin. 1. *de Repub.* 10. *n.* 160. *& ſeq.* Lancel. Conrad. *Templ. om. iud. Lib.* 1. *C.* 1. §. 4. *de præſtantia & potentia Imp.* v. *ſententiam inappellabilem fert pag.* 429. *& ſeqq.* Matth. Steph. *Lib.* 2. *de iuriſd. Part.* 1. *C.* 1. *Membro* 2. *n* 183. *& ſeqq.* Paurmeiſt. 2. *de Iuriſd.* 4. *n.* 159 *& ſeqq.* Beſold. *de Appel.* C. 2. Idem in Rege alio, Principe aut Republica quæ ſuperiori nulli ſubiecta, Maranta *h. t. n.* 248. *& n.* 254. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Reſol.* 1. *n.* 2. & auctores citati. Plane a ſententiis Principum, a quibus lege humana appellare non licebat ad tribunal divinum, ſæpius inique condemnati provocaverunt, nec omnino ſine effectu. Exempla ex Hiſtoricis referunt Phil. Cameral 3. *Op. Succeſiv* 30. Io. Marian. *Lib.* 3. *de Rege & Regis inſtit.* C. 12. P Greg. 1. *de App.* 2. *n.* 10. Beſod. *d. C.* 2. *n.* 13. Ventura de Valent. *Parthen. litig. Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 38. *& 2. ſeqq.* Quid ſi Imperator litem ſuam inferiori iudicandam commiſerit (uti poteſt *L.* 14. *de iuriſd* vid. *not.*

eſſe ait Ulpianus, cum ipſe ſit, qui provocetur. *L.* 1. *D. a quibus app. non lic.* Non licet etiam a [19] ſenatu, ne ſi Princeps quidem appelletur. *d. L.* 1. §. 1. *a quib. app. non lic.* Non licet nec a [20] præfectis prætorio. *L. ſi quis, C. de app. L. unica, C. ne liceat in una ead. cauſ. ter provoc.* Cuius rei rationem reddit Arcadius in *L. unica, D. de off. præf. prætor.* Si ex ſupraſcriptis Princeps ita det iudicem, ne [21] liceat ab eo provocari, non magis ab eo appellari poteſt, quam ab ipſo Principe, alius ita iudicem dare non poteſt. *d. L.* 1. §. *ult. D. a quib. app. non lic.* Quod tribuitur ſententiæ Principis: tribuitur & eius [22] conſilia-

not. ſupra Lib. 17. *C.* 2. *N.* 2.) victus adverſarius nunquid & quem appellabit? Zaſ. *Lib.* 2. *Sing. Reſp. C.* 18. cenſet quod tunc in appellationis quoque cauſſa ſe ſubiicere cognitioni non ſuſpecti debeat. Nam ſi in principali cauſſa noluit ipſe ceu in cauſſa ſua, iudicare, nec debet in appellatione, ne proviſio *d. L.* 14. reddatur eluſoria, ita Zaſ.

19) Ratio quia Princeps ipſe in eo ordine ſe numerat, & ita pars ac caput Senatus, per *L.* 8. *de dign.* ubi Goth. Philipp. Berter. *Pithanon. Diatriba* 1. *C.* 7. *pag.* 78. ſcribens illibatam per hoc manſiſſe auctoritatem Principis, cum appellationum iudicia, quæ conſultationes dictæ, præſente in Senatu principe, peragi aut ab eo confirmari ſolerent, *Nov.* 62. Olim vero & ante orationem D Hadriani a Senatu provocari potuiſſe, oſtendit Berter. *d. loc.* & Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 161. Confer. P. Greg. 3. *de App.* 11. Turam. *ad L.* 9. *de LL.* Guerin. Piſo Soac. *de Rom. & Venetor. magiſtrat. inter ſe comparatione n.* 21. *& ſeqq.* ubi noſtro tempore hæc correcta eſſe & annihilatum Senatum illum veterem ea Baldo refert. Et *ibid. n.* 31. hodie veram illius imaginem exprimere Senatum Venetum putat, non autem Curias ſupremas, vid. *infra N.* 22. Senatui Mediolanenſi auctoritas a Carolo V. Imperatore conceſſa, ut ab eo non provocare liceat. *Relatio de Inſubria Ducat. pag.* 219. *P* 1. *Theſauri Politici* Philippi Honorii. A concilio univerſali non appellatur, Menoch. *Arb. Cap.* 458. *n* 36. ne quidem ad Papam, ut ex Iacobatio Brederod. *P.* 1. *Tit.* 14. *ad P. Greg.* 3. *de App.* 6.

20) Nec ſi ea conſenſu litigatorum prorogata iuriſdictione cognoſcat, *L.* 8. *C. de Epiſc. aud.* add. *L.* 17. *de minor. L.* 5. *C. de precib. Imp. offer. L.* 1. *C. de off. præf. prætor. Orientis, Nov.* 23. *Cap.* 1. *Nov.* 82. *C.* 12. *Nov.* 119. *Cap.* 5. Solus enim hic vere ſacra vice iudicans *L.* 16. *C. Th. de Appell.* Nec nulla maior poſt Principem poteſtas. Unde Socrati *Lib.* 2. *Hiſt. Eccleſ.* dicitur μείζων τυγχάνων ἀρχόντων, δεύτερος μετὰ βασιλέα. Qui ſolus, ut Auſonius *Epiſt.* 16. *ad Probum*, exceptis tribus heris (Imperii conſortes innuit) herorum primus eſt. De auctoritate Præfectorum prætorio, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *initio*. Berter. *Pithanon Diatriba* 1. *C.* 8. P. Fab. 1. *Semeſtr.* 1. 2. 3. Coraſ. *Epiſt.* QQ. *C.* 5. *n.* 3. *&* 4. De hoc non provocandi iure Matth. Steph. 1. *de Iuriſd.* 14. *n.* 30. *& ſeqq.* P. Greg. 3. *de App.* 12. Brederod. *P.* 1. *Tit.* 15. Qui hunc generalis legis, qua alii quoque eius alias iudicio non ſubiecti tenerentur, condendæ ius habuiſſe, contendit Alciat. 2. *Parad.* 9 *ter L.* 2. *C. de offic. præf. Orient.* & fere Cuiac. 6. *Obſ.* 10. Quod refellunt Angelus a Sancto Ioanne *Antiparadox.* contra Alciat. *Cap.* 4. & Guerin. Piſo Soacc. *de Rom. & Venet. Magiſtr. inter ſe comparat. n.* 69. Nam *forma* in *d. L.* 2. non legem ſignificat generalem, ſed edictum ex bono & æquo editum, ut prob. *L.* 1. *de extr. cogn.* ibi: ut præſes &c. formam rei det, add. Cagnol. *ad L.* 3. *de Iuriſd. n.* 277. *& ſeq.* Succeſſit hic magiſtro equitum *L.* 1. *de off. præf. præt.* Feneſtella Pumpon. Læt. & Raph. Vulaterran. *de Magiſtratib. Rom.* Hodieque iidem fere apud Principes Mareſchalci, qui olim magiſtri equitum, Henr. Bebel. *de Magiſtratib. & ſacris Rom.* Inde forſan vulgatum iſtud, quod Elector Saxoniæ Imperii Archimareſchalcus, habeatur Præfectus prætorio. Sicuti nec deſunt, qui Electores generatim, & Principes Electoralis familiæ præfectis prætorio comparant, Weſ. *Conſ.* 40. *n.* 46. *& Conſ.* 46. *n.* 2. ac ab eo citati. Quam comparationem immerito abſurdam vocat Andr. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. ius C.* 3. *n.* 34. quod anguſtius ſit hoc faſtigium, quia in heredes tranſitorium. Neque enim quæ ſimilia in omnibus convenire oportet, alias eadem magis dicenda. Et multa immo communia huic dignitati cum illa præfectoria veteri, Heig. *P.* 1. Q. 4. *n.* 14. *& n.* 51. Nam uti hæc dignitas ſumma eſt in imperio & Regiæ æquiparatur, vid. Moller. 1. *Semeſtr.* 40. ita & olim Præfecti prætorio Regibus comparati, ex *Caſſiod.* Heig. *d. n* 51. ut olim nulla maior præfectoria poſt Principem poteſtas, ita hodie Electoria. Sane ex aurea Bulla Caroli IV. *C.* 11. omnibus Electoribus ius non provocandi competere videtur, ſed reliqui de iure ſuo receſſerunt, quod illibatum manſit Electoribus Saxoniæ & Brandeburgicis. Sed Brandeburgenſe privilegium non niſi Electori, Saxonicum omnibus Ducibus Saxoniæ indultum. Et ab his nullo omnino nec ſupplicationis, reviſionis, nullitatiſve remedio ad Imperatorem cauſſæ devolvi poſſunt, vid. Heig. *d.* Q. 4. Knich. *d. v. ius C.* 2. *& v. litis provoc. medium. C.* 3. Neque ea re maieſtas Imperatoris læditur, vid Thom. Michael *de Iuriſd. Concluſ.* 26. Gerlac. Buxtorfius *Diſſertat. in* 17. *priora aurea Bulla Caroli IV. Capita Concl.* 94. *lit. C.* Diff. Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 62. Georg de Cabedo *P.* 2. *Deciſ.* 40. *n.* 12. Cardinales quoque præfectis prætorio in hoc comparat *Gl. in L.* 1. *C. de off. præf. præt.* Brederod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 15. Iac Omphal. *Lib.* 7. *de Uſurpat. legum. C.* 2. *n.* 11. Nec deſunt, qui Regibus illos exæquant. Patriarchæ ſententiam appellationi non ſubiacere habetur *Delectu legum compendiario Leonis & Conſtantini Tit.* 10. §. 6. *Tomo* 2. *Iur. Græco Rom.* a Leunclavio editi.

21) Vulgo appellant cui cauſſa delegata cum clauſula, appellatione remota. Quo de *C. paſtoralis* 53. *C. inquiſitioni* 7. *extra h t.* fuſe P. Greg. 2. *de App.* 20 quem adi, & Marant *h. t. n.* 336 *& ſeqq.* Viv. *Lib.* 1. *Deciſ.* 69. Mynſ. 1. *Obſ.* 3. Pinel. *in Rub C. de reſc. vend. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 32. (ubi hac re non tolli defenſionem contendit, cum ut plures inſtantiæ ſint, merita cauſſæ non concernat) Paul Æmil *Deciſ Rota* 33 *P.* 1. ubi per eam non excludi notorium gravamen. Sed nec nullitatem, nec reſtitutionem in integrum, nec ſuſpecti quæſtionem remotam eſſe ita cenſent, idemque in privilegiis de non appellando, intra certam ſummam ſtatuendum, Paurmeiſt. 2. *de Iuriſd.* 4. *n.* 146. modo ſeorſim proponatur, ſecus ſi appellationi permiſta nullitas, aut incidenter veniat, Gravat. *ad Veſtr. Lib.* 8. *Cap.* 1. *n.* 24. Vant. *Tit. Qui poſſ. dic. de nullit. n.* 33. nec reconventionem, vid. Theoph. Giſebert. *de Reconvent C.* 23. Sed ſi conventio delegata cum hac clauſula, & reconventio cum eadem intelligitur, per *C.* 2. *extra de mutuis petit.* Zang. *in Prælect ad C.* 41. 53. *&* 71. coniuncta *extra h. t* add. Beſold *h t. C.* 2. *n.* 18 Num a iudice, cui arbitrium conceſſum, appelletur, Menoch. *Arb.* Q. 70. & num a dato ita ut ſecundum conſcientiam iudicet, P. Greg 3. *de Appellat.* 15 aut in cuius conſcientia & arbitrio partes deciſionem conſtituerunt, Damhuder *Praxi civil. Cap.* 230. *n* 10. qui negativam ſtatuit, ſi is iuret, ſe iuxta dictamen conſcientiæ pronunciaſſe.

22) Ita Maranta *h. t. n.* 251. Atque huc referendæ ſupremæ curiæ regnorum, veluti Parlamenta Franciæ & cumprimis Camera Imperialis, Neque enim apte Senatui Romano eas comparari oſtendit Guerin. Piſo Soacc. *de Rom. & Venet. magiſtr. n.* 26. Nec ſcite admodum Præfectis prætorio conferuntur a Rol. a Valle *Conſ.* 1. *n.* 18. (citante Goth. *ad L.* 1. *C. de of. præf. prot.*) Guid. Pap. *Deciſ.* 50. Teſſauro *Dec.* 2 *n.* 1. P. Greg. 3. *de App.* 11. *n.* 1. P. Heigio *P.* 1. Q. 10. *n.* 34. Utut ſit alio modo eſt hæc poteſtas penes curias iſtas, etſi iudicent inconſulto Principe, nempe per modum veluti commiſſionis vel delegationis, nomine alieno, ex legibus ab alio præſcriptis; alio apud ipſum Principem, iure proprio, P. Greg. 9. *de Rep.* 1. *n.* 38. Veluti dixi; Neque enim neganda eſt his curiis iuriſdictio ordinaria, Gail. 1. *Obſ.* 41. *n.* 5. Thom. Michael. *de Iuriſd. etc. Concl.* 33. Cæterum uti olim ſententiæ Præfectorum prætorio retractationi ſubiacebant, & ſupplicare contra illas Principi, aut rogationes ad eum ferre (ut Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n* 161.) licebat *L.* 5. *& auth. ſeq. C. de precib. Imp. off. Novell.* 83. *Cap.* 12. *Nov.* 115. *Cap.* 1. *Novel.* 119. *Cap.* 5. Cuiac. 12. *Obſerv.* 3. Iac.

ſiliariorum, tum ſententiæ, tum reſponſis: cum Princeps ſuper aliqua cauſſa conſulitur, & a conſiliariis eius cauſſa examinatur. *L. iubemus. L. ſeq. C. de app.* Hinc quæſitum.

XVI. An adverſus reſcriptum Principis provocari poſſit. Par enim videtur, ut quod a Principe pariter proficiſcitur, pariter ab eo non poſſit provocari propter Principis authoritatem. Sed placet hoc poſterius fieri poſſe. *L. 1. §. 1. D. de app.* utrumque optima ratione. Nam in ſententia Princeps de facto cognoſcit, atque ita iudicat: in reſcripto, non cognoſcit de facto: ſed rem ita accipiens, ut proponitur, tantum de iure, id eſt, quid faciendum in propoſito, & ſequendum videatur, reſpondet; ſic fit, ut qui a ſententia Principis appellat, is Principis auctoritatem & æquitatem ſuggillet, quaſi is aut imperite, aut inique iudicarit. Qui autem appellat adverſus reſcriptum Principis, is non de Principe, ſed de conſultoris mendacio, & improbitate queratur. Adverſus quæ æquum eſt, apud ipſum Principem auxilium ſupereſſe, & quidem ita ſunt conſtitutiones de hac re, ut non aliter adverſus reſcriptum appellari poſſit, quam ſi dicatur ea quæ Principi a conſultore expoſita ſunt, non [23] ita ſe habere ut ſunt expoſita. *L. 1. §. 1. D. de appell.* Unde factum eſt, ut ſi cum Imperatori ſcriberetur, exemplum literarum litigatori editum ſit: neque is appellaverit, & contra eum reſcriptum ſit: placere a literis pridem editis appellari non poſſe: quaſi qui tum non appellavit, vera eſſe quæ ſcripta ſunt, conſenſerit. *L. ult. D. quando appell. ſit.*

XVII. Si ſuperiores exceperis: a iudice [24] quovis, qui de re iudicarit appellari poteſt: etſi in iudice dando reſcripti Principis auctoritas intervenerit. *L. 2. L. etiam L. a proconſulibus, C. de app.* Itaque a præſidis ſententia appellandi ius eſt, etiam tunc, cum Princeps deportato inſulam aſſignavit. *L. 1. in pr. D. quan. app. ſit.*

XVIII. Ab executore ſententiæ appellare non licet. *L. ab exſecutore, D. de appellat. L. ab executione, C. quor. app. non.* Intereſt enim publice, non differri rerum iudicatarum & plane peractarum executionem: idque adeo verum eſt, ut appellare non liceat ab executore [25] quanvis ſuſpecto, ut in *c. novit, 43. extr. de appell.*

Iac. Ferrer. *Addit. ad Guid. Pap. Deciſ.* 5. ita & hodie non exiguus ſupplicationum uſus, quibus affines Reviſiones, quæ uſurpantur. De utriſque opportunus hic tractandi locus foret, ſed locus non eſt. Conſulere potes de illis Menoch 1. *Arb. Q.* 70. *& Q.* 71. *n.* 10. *& ſeqq. & Adip. poſſ. Remed.* 4. *n.* 895. *& ſeqq.* Lanc. *de Attent. Parte* 2, *Cap.* 19. Maranta *hoc tit. n* 12. *& ſeqq. uſque ad n.* 24. ubi in quibus conveniant appellationi, in quibus differant, ſatis exponit P. Gregor. 1. *de App.* 6. Mynſ. 6. *Obſ.* 15. Hering. *de Fidei. C.* 5. *n.* 291. *& ſeqq.* Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. hoc tit. Reſol.* 1. *n.* 4. (ubi docet admitti hanc ubi ratione perſonæ, non licita appellatio. Ubi autem ex natura cauſſæ prohibita illa, etiam hæc add Vinc. de Franch. *Deciſ.* 148. *n.* 4. *&* 6.) De his Reviſionibus, aut recognitionibus, ut vocat Oldend.) ex profeſſo Io. Ludovic. Bender. *Tr. de Reviſione*, Gail. 1. *Obſ.* 154. *& ſeqq* P. Frider. 2. *de Mandat. iudic. Cap.* 28 Rulant. *de Commiſſ. P.* 1. *Lib.* 2 *Cap.* 21. *& Parte* 3. *Lib.* 9. *Cap.* 18. Georg. de Cabedo *Parte* 1. *Deciſ.* 12. Knich. *de Sax. non provoc. iur. v. ius Cap.* 5. Hering *de Fideiuſſ. Cap.* 15. *n.* 88. *&* 2. *ſeqq. & Cap.* 20. §. 20. *n* 26. *& ſeqq.* Heig. *P.* 1. *Q.* 10. *n.* 58. *& ſeqq.* Enimvero etſi hæ bono fine inductæ, peſſimus tamen earum abuſus merito corrigendus, vid. Ventur. de Valent. *Parthenus litig. Lib.* 2. *Cap.* 14. *n.* 13. *& ſeqq.* Quæ etſi in foro noſtro tentatæ pluries, impetratas tamen nunquam eſſe, teſtatur Heig. *d. Q.* 10. *n.* 52. id commendans in *ſeqq.* Sed & Moll. 1. *Semeſtr.* 38. memorat, quoties ſupplicationes, quod appellatio deficeret, porrectæ in aula Electoris, toties reiectas eſſe. Nec temere, ut putat, quia in curia Provocationum, ſecunda etiam leuteratio, vulgo *D. beriauterung.* permiſſa.

23) Connan 1 *Comm.* 15. *n.* 7. Atque ita *d.* §. 1. exaudiunt de appellatione, non a reſcripto ipſius Principis, ſed a ſententia iudicis inferioris, iuxta id reſcriptum, ad conſultationem eiuſdem emiſſum lata, Cornel. Benincaſ. *de Conſtitut. Q.* 6. *n.* 28. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 10. *n.* 25. P. Greg. 2. *de App.* 2. *n.* 2. *&* 3. docens a conceſſione reſcripti non provocari, ſed contra effectum eius & executionem, add. Beſold. *h. tit. C.* 2. *n.* 11. Cæterum a Principe male conſulto ſeu minus informato ad eundem melius informandum recte provocari volunt, vid. Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 163. Chaſſanæ. *Catal. gloriæ mund. P.* 5. *Conſid.* 24. *n.* 103. Et ſane P. Greg. 3. *de App.* 7. *n.* 9. non quidem per modum appellationis, cum ſuperiorem ea requirat, aſt ſupplicationis provocationem hanc fieri docet, ut plenius attentiuſque cognoſcere velit, & ſequitur Beſold. *d. C.* 2. *n.* 10. Sicuti & Menochius poſt alios *Arb. Q.* 27. *n.* 21. Lancell. Conrad. *Templ. om. iud. Lib.* 1. *Cap.* 1. §. 4. *de præſtant. & potentia Imp. v. ſententiam inappellabilem fert. n* 9. a ſententia Principis recurſum haberi ad ipſummet Principem, ut cauſſam revideat. Attamen Gail. 1. *Obſ. cit. in fin.* appellationem huiuſmodi abſurdam vocat, concordi ſtatuum voto reiectam, quippe cum Cæſar tot Procerum Senatu ſtipatus ſententias inconſulte non proferat. Et Heig *d. Q.* 10. *n.* 18. *& ſeqq.* nullum ei locum eſſe poſſe, niſi ubi ad relationem & falſam ſuggeſtionem alterius a Principe iudicatum. Quod ſi cauſſa examinata, partibus auditis, in ſacro auditorio lata ſententia, quis Principem incuriæ aut negligentiæ arguet, cum & contatus ita terminatam quæſtionem exquiſito ſuffragio refricare annuentis, ignominiæ aliiſque pœnis coerceatur, *L.* 2. *C. ut lit. pend.*

24) Num & a Rectore vel Senatu Academico? Sunt qui negant poſſe ſine periurii reatu, Rebuff. *Priv. Schol.* 158. Sed de hoc vid. P. Gregor. 4 *de App* 13 & Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Iuriſd. P.* 2. *C.* 12. *n.* 63. *& ſeqq.*

25) Quia executio iudici, qui ſententiam tulit, tribuenda potius quam exſequenti, qui nudam facit explicationem duntaxat, veluti inſtrumentum iudicis, habet, ac de novo nihil facit, ſed mandantis factum perſequitur, Ioan. Wamefius *ad d. Cap.* 43. De appellatione ab exceſſu in exſequendo, item a Pronunciatione de exſequendo &c. utiliter conſules Marant. *h. t. n.* 259 *& ſeqq.* P. Greg. 2. *de App.* 11. Trentacinq 2. *Pract. Reſ. h. t. Reſol.* 12. Parlad. 2. *Rer. Quotid. Cap. fin. Part.* 2. §. 3. *& P.* 5. §. 15. Gail. *de Arreſt. imperii. Cap.* 11. *n.* 20. Mynſ. 3. *Obſ.* 32. Vaſq. 2. *Contr. uſu freq.* 38. *n.* 6. *&* 7. Munnoz. *de Ratiocin. Cap.* 33. *n.* 14. *& ſeqq.* Scip. Gentil. 2. *de Iuriſd.* 31. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. ius. Cap.* 2. *n.* 159. Coler. *Conſ.* 2. Weſ. *Conſ.* 100. *Deciſ. noviſſ. Rota* 100. *P.* 1. Anton. Fab. *C. ſuo h. t. defin.* 28. *& ſeq.* Gilman. *Lib.* 2. *Deciſ. Cam.* 29. Meichſner. *Tomo* 1. *Lib.* 1. *Deciſ.* 28. *n.* 6. *& ſeq. Tomo* 3. *Deciſ.* 7. *n.* 11. *&* 2. *ſeqq. & Tomo* 4. *Deciſ.* 4. Confer. M. Anton. de Amatis *Deciſ.* 75. Surd. *Deciſ.* 27. ubi tractat num liquidatio inſtrumenti gaudeat privilegio, ne appelletur.

Digitized by Google

appell. niſi ſi dicatur male ſententiam interpretari. Ubi hactenus appellandi facultas eſt, ut in cauſſis appellationis reddendis hoc ſolum quæratur, An iure interpretatum ſit. *L. 4. D. de app.* Is videtur male ſententiam interpretari, qui iudicationis modum excedit. *L. 5. C. quor. app. non recip.* Quod non ſolum in civilibus cauſſis, ſed etiam in criminalibus valere debet. Sunt enim hodie pœnæ fere extraordinariæ. Si legitimæ eſſent, ut quæ legibus publicarum quæſtionum conſtitutæ ſunt, non licet a pœna appellare, quia hoc eſſet a lege appellare: quod non licet. *c. conſuluit, extr. de app.* Nunc ut dixi, ſunt extraordinariæ & arbitrariæ. *L. hodie, D. de pœn.* Si igitur in executione modus excedatur, æquum eſt [26] licere appellare. Et hæc olim differentia fuit inter pœnam & mulctam: ab illa enim non licebat appellare, quia lex, non iudex eam ſtatueret; ab hac [27] licuit ſemper, quia iudex infligit. *L. quia pœna,* & ibi *Accurſius, D. de verb. ſignif.*

XIX. Iam vero & cauſſæ quædam ſunt, de quibus appellatio non recipitur. Et ius in re ita ſe habet, ut ſive res, de qua iudicatum eſt, dilationem non ferat, eademque ad utilitatem publicam pertineat: ſive ſententia quamvis confirmata, vel nihil, vel non admodum noceat adverſario: ſive quod fieri debet, id ex edicto perpetuo, vel alio certo iure decernatur: non admittatur appellatio: quia res ſint eiuſmodi, de quibus ſententiæ executio differri debere non videatur.

XX. Primi generis eſt, ſi agatur, ut [28] frumentum in uſum militum, in annonæ ſubſidia contrahatur. *L. ult. D. de app. recip.* Eodem referri debet, quod conſtitutum eſt, ne in re appellare liceat, quod fiſco aut Principi deberi evidenter conſtiterit ſive ex contractu debeatur, ſive ex tributorum aut publicorum cauſſa. *L. 4. L. ult. C. quor. ap. non recip.* Nihil enim ex iis quæ fiſco aut privato ærario Principis debentur differri poſſe videtur ſine incommodo publico. Non abs re eſt, quod dixi in re appellari non licere, quod fiſco deberi evidenter conſtiterit. Nam primum in his quæ fiſco vindicantur, ut bonis vacantibus, & iis quæ ut indignis legibus auferuntur, conſtitutum eſt lata ſententia [29] provocari poſſe. *L. lata, C. de app.* Tum autem in *L. quoniam nonnulli, C. de app.* ſignificatur & fiſci debitores poſſe provocare. Quod ita cum ſuperioribus conciliandum eſt, ut intelligatur id eis facere licere hac conditione dum querantur ſe non aperte eſſe convictos. Et hoc eſt, quod dicitur in *L. penult. D. de app. recip.* poſſe adverſus fiſcum appellari.

XXI. Ad ſecundum genus pertinet, quod conſtitutum eſt appellari non licere, ne teſtamentum aperiatur, neve heres ſcriptus in poſſeſſionem [30] inducatur *d. L. ult. D. de app. recip.* Quid enim æquius, quam id ſtatim concedi, quod petenti prodeſt, deneganti adverſario nihil nocet? Utrumque vero horum uſque eo æquum viſum eſt Gratiano, Valentiniano, & Theo-

26) Vult hoc Donellus quod etiam convictus de crimine, & confeſſus poſſit appellare a pœna, conquerendo non quod delictum non commiſerit, ſed quod pœna iuſto acerbior. Convenit Cuiac. 8. *Obſ.* 33 ſed repugnant Gœd. *ad L.* 131. §. 1. *de VS. n.* 7. & Rauch. *P.* 2. *Q.* 8. *n.* 19. & *ſeqq.* Quam litem non dirimo, pinguius autem *d. L.* 13. accipi a Cuiacio & Donello, non ambigo. Enimvero inveterata Germaniæ conſuetudine appellationes in criminalibus illicitas eſſe, notant Mynſ. 4. *Obſ.* 41. & *Decad.* 1. *Reſp.* 7. *n.* 12. Gail. 1. *Obſ.* 1. *n.* 28. & 1. *de Pace publ.* 20. *in fin.* P. Frider. 1. *de Proceſſ.* 9. *n.* 7. & 2. *de Mand. iudic.* 27. *n.* 32. Et in plerique Italiæ partibus a ſententia criminali nec definitiva nec interlocutoria, appellari, niſi in caſibus habentibus pœnam mixtam, ſcribit Petr. Caball. *Reſolut. criminal. Caſu* 100. *n.* 17. & de Belgii conſuetudine teſtatur Leonin. 7 *Emend.* 6. *n.* 9. Amplius Scaccia 1. *de Iudic.* 97. *n.* 62. totius fere orbis Chriſtiani ſtatutis ita caveri. In quem morem etſi acriter invehantur Broidæ. *Supplem. Hiſt. fori Palleti Lib.* 5. *Cap.* 16. Sich. *in L.* 16. *C. de iure delib. n.* 14. & Scip. Gentil. 3. *de Iuriſd.* 11. gravi tamen ratione non caret. Sed de eo vid. præter iam citatos P. Greg. 2. *de App.* 8. Beſold. *h. t. n.* 3. & 4. Bender. *de Reviſione Cancl.* 33. Io. Wameſ. *ad Cap.* 5. §. *præterea extra h. t. n.* 2. Knich. *de Sax. non provoc. iure. v. ius. Cap.* 2. *n.* 9. & *ſeqq.* Bocer. *de Iuriſd. Cap.* 3. *n.* 83. & *ſeqq.* Paurmeiſt. 2. *de Iuriſd.* 4. *n.* 153. & *ſeqq.* Danth. *de Teſtam. n.* 208. Coler. *Deciſ.* 132. Rauchb. *P.* 2. *Q.* 8. Moller. 4. *Semeſt.* 32. ubi hoc non ita indiſtincte obtinere oſtendit. Tempore Friderici II. receptam fuiſſe, patet ex Petr. de Vineis *Lib.* 5. *Epiſt.* 27.

27) Illic de iniquitate hominis conqueri licet, cuius arbitrium exorbitare poteſt, hic legis iniquitatem incuſare non licet. Nam ut a Principe appellari nequit, quo nullus ſuperior, ita nec a lege, Govean. ad *L.* 1. *de iuriſd. n.* 8. Io. Wameſ. *ad C.* 3. *extra h. tit.* Gœd. *ad L.* 131. §. 1. *de V. S. n.* 7. Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 305. vid. & Mynſ. 3. *Obſ.* 46. Gutierrez *Lib.* 1. *Pract. Q.* 50. *n.* 2. Frider. 2. *de Mand. iudic.* 17. *n.* 17. & *ſeq.* Matth. Steph. 1. *de Iuriſd.* 6. *n.* 46. & *ſeqq.* P. Gregor. 2. *de App.* 6. Beſold. *h. tit. Cap.* 7. *n.* 5. *&c.*

28.) Vulgo DD. hoc ad cauſſam alimentorum privatis debitorum protrahunt, varie tamen diſtinguentes, utrum petantur iure actionis, an officio iudicis, num futura an præterita, num inops ſit qui petit vel ſecus, & inde appellationem quandoque non admitti docent, quandoque illi effectum devolutivum concedunt, ſuſpenſivum autem negant. Adi Petr. Barboſ. *in L.* 1. *D. ſol. matr. Parte* 1. *n.* 56. & *ſeqq.* Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 106. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Deciſ.* 66. Reuſner. *Lib.* 1. *Deciſ.* 15. *noviſſ. Deciſ. Rota* 764. *P.* 1. F. Æmil. *Deciſ. Rota* 39. *P.* 1. Fachin. 1. *Contr.* 77. Bredeiod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 19.

29) Vid. Marant. *h. tit. n.* 300. qui diſtinguit an de lucro an damno agat Fiſcus, & P. Greg. 2. *de App.* 9. qui ita ut Donellus, ubi & eandem cauſſam decimarum ſtatuit. De quo Marant. *n.* 304. Mynſ. 5. *Obſerv.* 10. Hartm. Hartm. filius *Addit. ad Obſerv.* 9. *in Miſcell. C.* 21. Meichſner. *Tomo* 1. *Lib.* 1. *Deciſ. Cam.* 22. *n.* 6.

30) Vid. Tiraq. *Tr.* Le mort ſaiſit le vif, *P.* 6. *Declar.* 6. Menoch. *Adip. poſſ. Remed.* 4. *n.* 807. & *ſeqq.* Fachin. 1. *Contr.* 76. Sic nec a ſententia, qua quis mittitur in poſſeſſionem, Meichſner. *Tomo* 1. *Lib.* 1. *Deciſ. Cam.* 6. *n.* 16.

& Theodoſio Imperatoribus, ut pœnam viginti librarum auri denunciarint, non tantum ei, qui adverſus hæc provocaverit: ſed etiam iudici, qui receperit appellationem. *L. quiſquis, C. quor. app. non recip.* Ex hac ratione eſt, quod placuit etiam a ſententia, quæ de poſſeſſione lata eſt, appellari non poſſe. *L. unica, C. ſi de momen. poſſ. fuer. app.* Etſi enim aliquid incommodi eſt, adverſarium poſſeſſorem pronunciari propter onus probationis: non eſt tamen ſententia eiuſmodi, quæ plenum præiudicium afferat victo; quia plenior cognitio de proprietate, & iuſta poſſeſſione in directum iudicium differatur. Unde & poſſeſſio de qua ante iudicium proprietatis iudicatur, momentaria dicitur 31 in *d. tit. C. ſi de momen. poſſ. fuer. app.*

XXII. Poſtremi generis eſt, ſi appelletur, ne bonorum poſſeſſio, unde liberi ex Carboniano edicto decernatur impuberi, cui ſit controverſia, an ſit inter liberos, item ne pignus vendere liceat: de quibus in *d.* 32 *L. ult. D. de app. recip.* Cæteræ cauſſæ ſunt 33 eiuſmodi, ut in his ſive maiores, ſive minores ſint, ius ſit provocandi. *L. & in maioribus. L. ſi quis. C. de appell.* Itaque etiam a ſententia, quæ pro libertate dicta eſt appellari poteſt, quanvis adverſus eam ceſſet in integrum reſtitutio. *L. illud, D. de app.*

XXIII. Quod ad genus ſententiæ attinet, non eſt viſum utile Romanis ab alia ſententia appellari poſſe, quam ab ea, qua finis liti imponitur, quam ideo definitivam vocant. *L. permit. C. quor. app. non recip.* Itaque vetant ab interlocutione ante eventum eius ſententiæ appellari: præterquam ſi iudex id fieri iubeat, cuius facti damnum aut iniuria ſententia definitiva 34 ſarciri non poteſt; veluti, ſi quæſtionem in civili negotio habendam iudex

31) Et ita de quovis poſſeſſorio *d. L. un.* accipit Donellus vid. *ſupra Lib.* 17. *C.* 4. *n.* 23. verſ. *eſt autem.* Cui conſentit Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 104. quia præiudicium modicum, in iudicio proprietatis reparatu facile, & Sarmient 2 *Select. Interpret.* 13. qui ſummariiſſimum poſſeſſorium, quod vocant, iuri ignotum cenſet, cum olim quodvis poſſeſſorium longe citius, quam ſummariiſſimum hodie ſolet, expediretur Enimvero ea quo uſu hodierno lis de poſſeſſione ſæpe longiſſimo durat tempore, eo inſpecto non incongruum eſt, *d. L. un.* ad ſummariiſſimum illud reſtringere. Quomodo & Camera in plenario poſſeſſorio appellationem recipit, Gail. 1. *Obſerv.* 7. *n* 7. De appellatione a poſſeſſorio plura expetens, adeat plures antiquos relatos Tiraquel. *Tr.* Le mort ſaiſit le vif *P.* 6. *Declar.* 6 *n* 5 Ex nuperioribus, quos nos adivimus, Gomez & Sarmient. *dd. loc.* Oldend. *de iure & æquitate Tit.* 12. Menoch. *paſſim in Sing. Remed. maxime* 9 *Recup. n.* 316. *& ſeqq.* Coraſ. *in L* 12. §. 1. *de acq. poſſ P.* 1. *n* 8. Vaſq *Contr uſu freq.* 38. *&* 40. Veſtr. *Pract. Lib* 7. *Cap* 3. *n.* 5. *& ſeqq.* Maranta *h. tit. n,* 305. *& ſeqq.* P. Gregor. 2. *de App.* 5. Beſold. *h. Tr. C.* 7. *n* 9. Trentacinq 2. *Pract. Reſol. h. tit. Reſol.* 14. Mynſ 6 *Obſerv.* 13. Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſ.* 12. Hartm. *Tit.* 19. *Obſerv.* 24. Weſ. *Conſ.* 1. Decian. *Vol.* 2. *Reſp.* 45. Afflict. *Deciſ.* 269. M. Anton. de Amatis *Deciſ.* 15. *& Deciſ.* 88. Vinc. de Franch *Deciſ.* 288. Achill. de Graſſis *Deciſ.* 246. Cacheran. *Deciſ.* 25. *&* 47. Fachinæ. 1. *Contr.* 75. Rauchb. *P.* 2. *Q.* 6.

32) Generalim ſi ſententiis notorie iuſta, vel ex confeſſione appellantis, quia ſi ideo a præfecto Prætorio non appellatur, quia creditur iuſte iudicaturus, magis quando vere conſtat, & ſic iuſtitia iudicii cauſſa inhibendæ appellationis, Salomonius *in L. un. de offic. præfect. præt.* add. *not. ſupra N.* 3. Et ita noſtri non recipi in notoriis, vid. Marant *hoc tit. n* 293. Veſtr. *Pract. Lib.* 7. *Cap.* 3. *n.* 13. *& ſeqq* P. Gregor. 2. *de Appell.* 26. Beſold. *hoc tit. Cap.* 6 *n.* 2. in debitis liquidis, vid. Ventura de Valent. *Parthenii litig. Lib.* 2. *Cap* 11. *n.* 20. & Coler *de Proceſſ. exſec. P.* 4. *C.* 2. *n.* 18 *& ſeq.* a ſententia de reddendis rationibus, Munnoz. *de Ratiocin Cap.* 4. *n.* 5. a iudicio ſortis, quia gravamen infertur a fortuna, cui non eſt ſuperior, poſt alios Tiraquel. *de iure primigen. Q.* 17. *Opin.* 1 *n* 95. Sebaſt. Medic. *de Caſibus fortuit. P.* 2. *Q.* 10 *n.* 141. Zobell. *Diff iur. civ. & Sax.* 42. *P.* 1 *n* 6. *&* 7. Marant. *hoc tit n* 257. P. Gregor 2 *de Appell.* 19. Brederod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 20. Ventur. de Valent. *d. Lib.* 2. *Cap* 5. *n* 10

33 Plures tamen cauſſæ exceptæ apud Interpretes habentur, quarum aliquas iam retulimus in præcedentibus, & Lanc Conrad. *de Offic. præt. in cauſſ. civil v. appellatio n* 9. *ex ſeq* 80. quibus appellare non liceat, recenſet Marant. *h. tit. n.* 280. *uſque ad n.* 366. cauſſas 45. refert. Inter quas cauſſæ iureiurando delato a parte adverſa deciſæ, vid. *d. N.* 3. *ad Commentar. in Tit. D de iureiur. Cap.* 9. *&c.* Studioſorum, ſi in eorum favorem lata ſententia, vid. P Greg. 2. *de App.* 24. mercedis pauperi debitæ, *Deciſ. Rota noviſſ.* 764. *P.* 1. 20 & cuiuſvis piæ cauſſæ, vid. Tiraq. *Privil. pia cauſſ.* 153. 20 & dotis, vid. Gomez. *in L. Tauri* 50 *&* 3. *ſeqq n* 54. Et immo iure civili in cauſſis minimis exiguæ ſummæ non appellari, cenſet Marant. *h. t. n.* 326. *& ſeq.* exponens in *d. L.* 20. *maioribus*, id eſt criminalibus, *minoribus*, id eſt civilibus. Attamen Pontifex *C de appell.* 11. *extra hoc tit.* pro quacunque levi & minima cauſſa, ut deferatur appellationi præcipit. Sane Imperator Iuſtinianus *Novell.* 31. *Cap.* 1. ſummo ſe ſtudio caviſſe memorat, ne appellationes intra 500. ſolidos ad aulam ſuam deferantur, add. *Novell.* 23 *Cap.* 3. Facit *Novell.* 69. *Cap.* 1. *in fin.* Hodieque non tantum certa quantitas præſcripta, intra quam conſiſtentes lites provocatione ad Curiam imperii devolvi nequeunt, vid. *not. ſupra Lib.* 17. *Cap.* 9 *N.* 10. *ſub fin.* & confer. P. Greg. 3. *de Appell* 16. Sed & pleriſque imperii ſtatibus privilegia indulta, ne intra certam ſummam ab iis Camera appelletur, quæ immerito damnat Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10. *n.* 34.

34) Ita & poſt Bart. Theod. Straitman. *Antinom. LL. civil. Cap.* 24. Broidæ. *Suppiem. Hiſt fori Palleti Lib.* 5. *Cap.* 17. *pag.* 549 Bronch. 2. *Miſc.* 73 Gaid. *de Sequeſtr. Cap.* 1. *n.* 151. Zoanet *Rer. Quotid. Cap.* 21. *n.* 8 *&* 9. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10. *n.* 8 *& ſeqq.* Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſ.* 14. aut ſi ægre reparari poſſit : ut ſi rejecta probatio, Surd. *Deciſ.* 36. *n.* 13. Quod eſt contra *L.* 36. *h. t.*) ſi in cauſſa appellationis examinari non poſſit. *L.* 9. *Qui ſat. cog.* Alb. Galeot. *Margarita aurea Rap.* 26. *n.* 2. ſi vim definitivæ habeat, Matthesilan. *Sing.* 39. *ibique in annot* Gabr. Sarayna, & DD. citati & citandi paſſim, ubi ita procedendum ac ſi a definitiva appellatum eſſet, Thom. Triviſo. *Lib.* 1. *Deciſ.* 13. cum alias in appellatione ab interlocutoria ipſum gravamen expreſſe deſignare oporteat, (vid. Menoch 1. *Præſumpt. Q.* 45. *n.* 11. Coler. *Deciſ.* 269.) nec poſtea alia producere liceat; a definitiva vero non neceſſe ſit inſtrumento appellationis exprimere, ut *infra N.* 43. Damhuder. *Praxi civ. Cap* 236 *n.* 6. Et ubi a tali interlocutoria quæ ius alicuius totum abſorbet appellatum, poſtea non locum eſſe appellationi a definitiva, tradit poſt Gofred. idem Damhuder. *Praxi Civil. Cap.* 144. *n.* 13. Sed & ſi appellatio huiuſmodi non admiſſa, ceu frivola, neque a reiectione ea quoque appellatum, cenſetur deſerta ita, ut tale gravamen per appellationem a definitiva deinde reparari nequeat, quod notandum, Mynſ. 2. *Obſ.* 49 Plura de his expetens petat ex laudatis iam auctoribus locis citatis. Quos præter conſuli quoque poſſunt Menoch. *Arb. Cap.* 490. *& Adip. poſſeſſ. Remed* 4. *n.* 807. *& ſeqq.* Marant. *hoc tit. n.* 340. *& ſeqq.* P. Gregor. *de App.*

iudex interlocutus ſit, vel in criminali, ſi contra leges hæc faciat. *L. 2. D. de appell. recip.* Exemplum eſt etiam in ſententia pro ætate minoris dicta, a qua placet ſtatim appellari poſſe, antequam de reliquis cauſis in integrum reſtitutionis cognitum, & de in integrum reſtitutione iudicatum ſit. In *L. intra. D. de min.* Nempe ideo, quia ſententia dicta pro ætate præiudicium certum adfert reliquæ cognitioni, quod niſi præſente appellatione arceri non poteſt. Et merito vetant. Nam ſi licebit, ut quidque dilationibus, aut teſtibus producendis, inſtrumentiſve proferendis, aut de loco vel tempore cognoſcendi, in quavis parte iudicii iuſſum, vetitumve erit, contra appellare, ex una lite [35] infinitæ non neceſſario naſcentur, fientque adeo lites immortales. Quod ita eſſe Gallia contrario iure uſa magno ſuo malo iam pridem experitur. Neque ideo interlocutio, quæ iniuſta videbitur, litigatori nocebit. Nam ſi dilatio, exempli gratia mihi denegata, aut adverſario conceſſa, mihi ad victoriam nihil nocet, cum mihi liceat ab ea appellare; ſin cauſſæ damnum attulit, quod quomodo contingat (dixi ſup. lib. XXIV. cap. 6.) eſt quidem æquiſſimum hanc iniuriam corrigi; ſed ſatis eſſe debet, ſi re iudicata in eam rem mihi idonee conſulatur. Quod quomodo fiat ibidem a me expoſitum eſt. Idem dicimus in cæteris omnibus, quæ iudex iubeat aut vetet.

XXIV. Iure autem Canonico generaliter & ab interlocutoria & omni gravamine appellare licet, *cap. ſuper, extr. de appellat. cap. 1. eod. tit. lib. 6. cap. 2. de dol. & contum. eod. lib.* imo etiam a futuro gravamine, cuius ſcilicet iuſta [36] ſuſpicio videatur, *cap. 2. extr. de coniug. ſerv. & cap. eum dilecti. extr. de dol. & contum.* adeoque etiam ante litem conteſtatam. *cap. 1. de appell. in 6.* Et quidem etiam extra iudicium in omni loco, parte adverſaria præſente: quæ proprie provocatio vel interpellatio eſt ad cauſſam agendam magis, [37] quam appellatio: & fere contemnitur. *d. cap. 1. & cap. 2. de dol. & contum. in 6.* Quæ omnia a iure civili abhorrent; ut & illud ſine voce ulla, ſine literis ullis licere appellare ſolo facto, puta [38] eundo ad Pontificem, *cap. dilecti, 52. extr. de appellat.* vel ſubmittendo ſe patrocinio tuitionive eius, *cap. ad audientiam, 34. & cap. dilectis, 55. extr. de appellat.*

XXV. De numero appellationum breve eſt, quod iure conſtitutum eſt. Nempe vetat in eadem lite, eadem de re [39] tertium provocare. *L. unica. Cod ne liceat in una ead. cauſ. tert. provoc. & cap. tua nobis. 65. extr. de appell.* iuncto *cap. directæ. 39. eod. tit.* Dixi, quibus de cauſſis in totum prohibeatur iure appellatio. Videamus quod eſt proximum, quoniam cum ea admittitur, non admittitur niſi certa lege, quid in ea re

facto

App. 4. Beſold. *h. Tr. Cap.* 7. *n.* 6. 7. 8. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. h. t. Reſol.* 13. Vaſq. 2. *Ill. Contr.* 41. *uſque ad n.* 16. Octav. Veſtr. *Pract. aula Rom. Lib.* 3. *Cap.* 16. *& Lib.* 7. *Cap.* 3. *n.* 2. *&* 3. & utrobique Gravat. Ayrer. *Proceſſ. Parte* 2. *Cap.* 6. *Obſ.* 4. Mynſ. 4. *Obſ.* 46. Gail. 2. *Obſ.* 129. *& ſeq.* Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſ.* 14. Statie. *Obſ. Pract. Cap.* 9. *&* 10. Guid. Pap. *Deciſ.* 10. 12. 74. *& ſeq.* ibique annotatores, Cacher. *Deciſ.* 6. M. Ant. de Amat. *Deciſ.* 59. Io. P. Surd. *Deciſ.* 36. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Deciſ.* 59. Ant. Gamma *Deciſ.* 159. Gilm. *Lib.* 1. *Deciſ. Cam.* 10. *n.* 58. *& ſeqq. & Deciſ.* 30. *ac Lib.* 2. *Deciſ.* 26. Ant. Fab. *C. ſuo h. t. defin.* 2. *& def.* 3. *ac ſeqq.*

35) Hæc ratio redditur in Conſtitutione Iuſtiniani ex Baſilicis reſtituta a Cuiac. 12. *Obſ.* 3. & eſt nunc *L.* 36. *C. h. t.* Ac cenſetur fruſtratoriæ dilationis cauſſa interponi, *L.* 2. *C. de Epiſ. aud.* Et appellatio ab articulo inhibetur, *L.* 5. *Cod. Quor. app. non recip.* ubi Cuiac. 12. *Obſerv.* 6. articulum exponit interlocutionem, etſi aliter Alciat. 11. *Parerg.* 12. ita accipiens, quod ſi Appellans dicat exſecutorem modum exceſſiſſe, adverſarius autem neget, tunc ſuper articulo lis, ut iudex appellationis cognoſcat cauſſa appellationem recipiat nec ne. Diſſ. Bart. *ad L.* 39. *de minor.* ſcribens nulla lege vetari, ne ab interlocutione contra leges prolata appelletur. Plane ius Saxonicum conſuetudinarium in hoc Canonico convenire, notant Reinhard. *inter Diſſ.* Zobel. *P.* 1. *Diſſ.* 41. *n.* 9. Coler. *Deciſ.* 269. Sed Camera ex dicta ratione ſequitur ius civile, Gail. 1. *Obſ.* 129. Speciale quoque favore ſtudiorum, ut ab interlocutoria iure civili teneat provocatio, ut Rebuff. *Privil. ſchol.* 163. Pac. *ad auth. habita Cap.* 9. *n.* 30 & alii.

36) Modo non nimis vaga ſit & generalia, vid. Marant. *hoc tit. n.* 354. P. Gregor. 2. *de App.* 18. Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſ.* 9. Speckhan. *Cent.* 2. Cl. 4. *Q.* 36. De appellatione ab incarceratione vid. P. Greg. 2. *de App.* 4. *n.* 18. *& ſeqq.* Guid. Pap. *Deciſ.* 135. *& ſeq.* Weſ. *Conſ.* 43.

37) De appellatione hac extraiudiciali, quæ non ſuſpendit geſta, ſed protectioni ſuperioris ſubiicit, ne gravamen inferatur, nec inhibitio inde decerni ſolet, ac fere vim conventionis habet, vid. Gail. 1. *Obſ.* 120. Marant. *hoc tit. n.* 278. *& ſeq.* P. Greg. 1. *de App.* 11. *&* 12. *ac Lib.* 4. *Cap.* 16. Beſold. *h. Tr. Cap.* 7. *n.* 12. & quos longa ſerie laudat Simon. Gunther. *Theſauro practicantium in explicat. Tabula analyt. &c. n.* 75.

38) Vid. Lancel. Conrad. *de Offic. prat. in cauſſis civil. v. appellatio n.* 11. Veſtr. *Lib.* 7. *Pract. Cap. ultim. n.* 6. ibique Gravat. *n.* 27.

39) *Novell.* 82. *Cap.* 5. Itaque Plato olim definivit *Dial.* 6. *de LL. fol. m.* 857. Si duo iudicia litem dirimere non poſſunt, tertium actioni finem imponat, vid. idem *Dial.* 12. *de LL. fol. m.* 953. Requiruntur autem tres ſententiæ conformes. Nam qui bis vicit, tertio victus, ipſe quoque bis appellare poteſt, ut ita quatuor appellationes fieri poſſint in eadem cauſſa, licet non plures duabus ab eadem perſona, Maranta *hoc tit. n.* 180. Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſ.* 25. In Camera tamen appellatio quoque tertia eiuſdem recipitur, ne alias ſtatus imperii in ſuis ditionibus plures inſtantias conſtituendo iuriſdictioni ſupremi tribunalia eludere poſſent, Gail. 1. *Obſ.* 72. *n.* 3. Mynſ. 2. *Obſ.* 15. Blarer. *in L. diffamari. Cap.* 10. *n.* 34. Plura de his Maranta *d. n.* 180. *& ſeqq.* Mattheſilan. *ad L.* 1. *Cod. Ne lic. in ead. cauſ.* Teſaur. *Deciſ.* 122. *&* 128. (ubi an ſententia nulla faciat numerum. Confer. Mynſ. 6. *Obſ.* 4.) M. Ant. de Amatis *Deciſ.* 55. Peguera *Deciſ.* 187. Anton. Sola *ad Conſtit. antiq. Sabaudia rub. de concluſ. cauſſa decreto ne nihil &c. Parte* 3. P. Gregor. 2. *de Appell.* 25. Beſold. *hoc tit. Cap.* 6. *n.* 3. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. hoc tit. Reſol.* 15. In cauſſis contra Clericos vel Monachos ſecundo appellare non licet, *Novell.* 123. *Cap.* 21. *pr.* Iure Saxonico poſt tres ſententias, quomodo leuteratio admittatur, vid. Coler. *Deciſ.* 140.

Digitized by Google

facto ſit opus, qun prætermiſſo nihilo magis appellare liceat, quam ſupra.

XXVI. Et in iuſta appellatione duo obſervanda ſunt: Tempus appellandi, tum forma & ſolemnia appellationis interponendæ. Non omne tempus appellationi datum eſt. Primum adverſus ſententiam, antequam ſententia ipſa lata ſit, fruſtra appellatur. *L. eos, §. ſuper, Cod. de app.* Poſt ſententiam & quicunque actus eſt, unde appellari poſſe diximus, licet: ſed ita, ut ſit hic quoque tempus moderatum definitum legibus, ultra quod non liceat appellare. Fuit hoc [40] conſtitutum tempus eius quidem in propria cauſſa biduum, in aliena triduum. *L. 1. §. biduum, §. quod in ſententiis, §. in propria, D. quan. app. sit. L. eos, §. penult. C. eod.* Unde tractatum tam multis locis, quæ propria, quæ aliena cauſſa, *d. L. 1. §. in propria, §. tutores. L. 2. tota, D. quan. ap. sit. L. 3. D. de ap. recip. L. qui ſuſpectum, D. de app.* Poſtea Iuſtinianus cuilibet, qui appellare vollet, ſpacium decem dierum dedit. *Novel. 93. §. 1. aut hodie, Cod. de app.* Hoc tempus in ſententiis ex die ſententiæ latæ computandum eſt: in aliis actibus ex ipſo actu, unde appellatur. *d. L. 1. §. triduum, & §. quod in ſententiis, D. quan. ap. sit.* Quod ita accipiemus, ſi adverſus præſentem pronunciatum fuerit. Nam ſi fuerit adverſus abſentem, tempus [41] ex quo quis ſcit, computandum eſt: non ex quo pronunciatum eſt. *L. 1. §. ult. D. quan. ap. sit.* Quiſquis intra hos dies non appellat, poſtea non auditur; adeo ut ne militibus quidem, aut capite damnatis appellandi tempora remittantur. *L. qui ſuſpectum, in fin. de appel. L. addictos, Cod. eod.* His diebus ſciendum eſt, non computari eos, quibus quis nec eius, qui ſententiam dixit, in publico adeundi copiam habuit, cum is poſt ſententiam dictam ſtatim ſe ſubduxiſſet; nec habuit copiam eius, ad quem appellavit. Nam alterutrius ſi fuit copia, præſcriptio temporis locum habet. *L. 1. §. dies, D quan. ap. ſit.*

XXVII. Solemnia, quæ dixi, hæc ſunt. Si quidem apud acta ipſo die, id eſt, ilico viva voce quis appellet, ſatis erit, ſi dicat, [42] Appello. *L. 2. L. 5. §. ult. D. de app. L. litigatoribus Cod. eod.* Sin vel alio die appellet, vel non apud acta, neceſſe habet appellare per libellos appellationis ſummam continentes, quos det & offerat iudici, a quo appellat, qui libelli appellatorii nominantur. *L. 1. §. ult.* iuncta *L. ſeq. L. cum quidam, D. de app. L. eos. §. pen. C. eod* Hi libelli ita concipiendi ſunt, ut habeant [43] ſcriptum, & a quo dati ſunt, hoc eſt, quis appellet, & a qua ſententia. Tot enim ſunt, quæ nominatim exigantur in conceptione horum libellorum: nec quidquam amplius in *L. 1 §. ult.* iuncta *L. 3.* in princ. *D. de appellat.* Unde intelligi poteſt, nec eum adverſus quem appellatur, nec cauſſam appellationis, nec eum [44] qui appellatur, neceſſe eſſe libellis comprehendi, quanquam omnia iſta

adilei

40) *L. 20. §. 1. d. t. L. 3. de appell. recip.* Briſſ. 2. *Antiq.* 19 Ordinatione iudicii Curialis Ducum Saxoniæ lapſus bidui leuterationem ne impediat, vid. Coler. *Decif.* 291.

41) Niſi Procurator adfuit, *d. L. 1. §. ult. Quan appel.* Gail 1. *Obſerv.* 139. *n.* 9. Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſerv.* 3. Hartm. Hartm. *Tit.* 19. *Obſerv.* 3. *n.* 1. Sed de hoc adi Trentacinq. 2. *Pract. Reſol hoc tit. Reſol.* 4. Et niſi ad publicationem ſententiæ citatus non venit, per ea quæ Coler. *d. Decif.* 191. Nec exſpectandus dies conditionis, ſi ſub ea dicta ſententia, *d. L. 1. §. 5. Quan. app.* quia licet ante illius eventum vis iudicati ſe non exerat, tamen iudex dum fert ſententiam, ea partem gravat, Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 237. *n.* 4. Curritque hoc a momento ad momentum ipſo die appellationis una computato, Wurmſer. *d. t.* 24 *Obſerv.* 2. Hartm. *d. t.* 19. *Obſerv.* 2. Mynſ. 2. *Obſerv.* 3. *&* 3. *Obſerv.* 11. Nec partium conſenſu, ne quidem per modum compromiſſi, extendi poteſt, Mynſing. 2. *Obſer.* 68. *&* 3. *Obſerv.* 11. Moll. *ad Novell Elect. Sax.* 1. *P* 1. *n* 3 Veſtr. *Lib.* 7. *Pract. Cap.* 3. *n.* 20. ibique Gravat Et intra hoc declarari debet, ad quem intendat appellans proſequi appellationem, M Ant. de Amat. *Decif.* 160. poſt Imol. *Conſ.* 801. *Lib.* 2. *&* *Conſ.* 12. *n.* 2. *&* 3 *Lib.* 6 ſi nempe plures ſint ſuperiores in eadem iuriſdictione concurrentes, ut præventioni locus ſit. Hoc tamen alii & poſt manifeſtari poſſe volunt, dum petuntur apoſtoli, aut appellatio introducitur, Zang. *in Prælect. ad C* 2 *extra h. t.* De hoc decendio eiuſque computatione conſule quoque Tiraq. *de Ret lignag.* § 35. *Gl.* 4. *n.* 9. *&* 10. Menoch. 2. *Præſumpt.* 95 Gail. 1. *Obſerv* 139. Frider. 1. *de Proceſſ. extrah.* 8. M. Antonin. Bard. *Tr. de Tempore utili & continuo*, P. Gregor. 6. Beſold *h Tr. Cap.* 8. *n.* 1. *&* 2. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. h. t. Reſol.* 6 Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10 *n.* 34 Fachin. *Lib* 3 *Conſ.* 27. Franch. Pfeil. *Conſ.* 177. Fr. Viv. *Lib* 2. *Decif.* 266. Meichſner. *Tomo* 1. *Lib.* 1. *Decif. Cam* 26. Iure Saxonico etſi cautum ſit, ut appellationes confeſtim lata ſententia fiant, *Auff unverwandten Fuſz, Lib.* 2. *Artic.* 6. *ſub fin.* ea tamen diſpoſitio fere non ſervatur, Fachſ. *Diff.* 54. *inter Diff.* Zobel. 41. *P.* 1. *n* 4. Coler. *Decif.* 130. præterquam in litibus metallicis, de quibus ita ſpecialiter ſancitum eſt.

42) Quod ſufficit, ut cognitio devolvatur, non autem ut ſatis introducta cenſeatur, ne deſerta videri poſſit, A. Fab. *C ſuo h.* 1. *defin.* 12. vid. Beſold. *h Tr. C.* 8. *n.* 3. Ab interlocutoria viva voce interpoſita non valet regulariter, vid. Gail. 1. *Obſ.* 132 Mynſ. 3. *Obſ.* 15. *n.* 13. Wurmſer. *T.* 24. *Obſ.* 8. P Greg. 6. *de Appell.* 1. & alios citatos ſupra *N* 36. Nocte an interponi poſſit, Polydor. Ripa *de Nocturno tempore Cap.* 137. Quod poſſit diebus feriatis, *ſupra Lib.* 24. *Cap.* 7. *N.* 19. Damhud. *Praxi civil. Cap.* 229. *n.* 6.

43) Mynſing 3. *Obſerv.* 15. *n.* 4. Hartm. *Tit.* 19, *Obſerv.* 15. De apta horum libellorum conceptione Rainal Corſ. 2. *Indagat.* 20. P. Greg. 6. *de Appell.* 4. Frider. 1. *de Proceſſ. extrah.* 7. Quid ſi ſtatutis loci aliæ ſolemnitates requiſitæ, num iis omiſſis appellatio ſubſiſtit, Gail. 1. *Obſerv.* 124. Paupertas an excuſet in ſcriptis non appellantem, Gabr. Sarayna *ad Marchesilan. Sing. ult.*

44) Conſentit Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſerv.* 8. Et de hoc quoad ius civile convenire DD notat Io. Wameſ. *in C.* 2. *extra h. t.* quia nulla exinde incertitudo, cum appellatio fiat gradatim, ut *Cap. ſeq. N.* 7. (quæ tamen ratio non ſufficiens, per notata paulo ante *N.* 41) Iure

Cano-

adiici nihil vetet. Sciendum tamen, eum qui appellatur, ſic adiri poſſe, ut ſi quis alium iudicem appellet pro alio, ſi quidem maiorem, vel etiam parem, nihil hic error ei noceat: ſin minorem, noceat: id eſt, perinde habeatur, quaſi non appellaſſet: quia non rite appellavit. *L. 1. §. pen. D. de app.* Non idem placuit de cauſſa appellandi, ſi quis eam adiecerit, hanc ſi quis certam dixerit, quæ tamen falſa ſit, aut quæ ei diſpliceat, non prohibetur in agendo etiam aliam cauſſam provocationis reddere. *L. 3. ult. D. de app.* Illud ſciendum eſt, quod ſcribitur in *L. illud. 3. D. eod.* eum qui provocavit, non debere conviciari ei, a quo appellavit. Quod tamen ſi fecerit hactenus ei nocebit, non ut nullius momenti ſit appellatio: ſed ut [45] plecti debeat.

XXVIII. Hæc libellorum appellatoriorum forma & conceptio eſt. Quos rite conceptos, quoniam ſupra diximus iudici offerri debere: monendi ſumus ſi forte per violentiam iudicis non liceat ei dare libellos, ſufficere [46] publice proponere; interim hoc exigi, ut publice proponantur. *L. cum quidam, D. de app.* Ex his apparet, quam multæ cauſſæ ſint, propter quas reiiciatur iure appellatio. Ideo ut initio dixi, res hæc iudici, a quo appellatum eſt æſtimanda permittitur. Ut ſi quam ex his obiiciente adverſario ſubeſſe animadverterit, non modo ei facultas ſit appellationis non recipiendæ: ſed eam etiam accipere prohibeatur toto *tit. C. quor. app. non rec.*

XXIX. Sed quoniam hic periculum eſt, ne iudex appellantem non audiat magis ideo, quia adverſus ſententiam ſuam appellari indignetur, quam quod cauſſam admittendæ appellationis ſubeſſe exiſtimet: proſpectum eſt hoc loco appellanti conſtitutionibus ita, ut vel hoc nomine liceat [47] appellare, quod non ſit appellatio eius recepta, cuius appellationis erit idem iudex, qui fieret, ſi recepta eſſet appellatio. Placetque ad hanc perveniri hoc modo, ut ſi Principem appellari oportuit, principi ſupplicetur: ſi vero alius appellabitur, nihil amplius neceſſe ſit, quam eum adiri, quod fieri poteſt, & ſine literis dimiſſoriis; de quibus poſtea.

XXX. Sed hoc ita, dum intra conſtituta tempora appellatoria, vel Principem, vel competentem iudicem adeat is, cuius appellatio recepta non erit: hæc in *L. 5.* in pr. in fin. *D. de app. recip.* Intra quæ ſi is alium pro alio adeat: ſi quidem Principem, conſtitutum eſt perinde id haberi, atque ſi is aditus eſſet, qui adiri debuit: ſin alium, nihil ei error proderit, ut videatur intra conſtituta tempora eum, quem oportuit, adiiſſe: hæc ad illam ſententiam in *L. 5. D. de app. recip.* Conſtituta tempora appellatoria, quæ dixi, quæque ita nominantur in *d. L. 5.* in fin. accipiemus non biduum, aut triduum, aut decem illos dies, intra quos ſupra diximus appellari poſſe. Neque enim natura patitur, ut intra tam breve ſpacium, vel Princeps, vel competens iudex adeatur: ſed ea tempora, intra quæ res ad ſuperiorem iudicem iubetur ex appellatione deferri. De quibus dicetur poſtea.

XXXI. Huius ipſius appellationis de qua agimus vis hæc eſt, ut quemadmodum in recepta appellatione, ita & hic præcipiatur omnia in eodem ſtatu eſſe, nec quidquam novari: iubeatur præterea is, qui appellationem non recepit, opinionem ſuam confeſtim per relationem manifeſtare, & cauſſam pro qua non receperit appellationem, eiuſque exemplum litigatori reddere. *L. penult. D. de app. recip. L. 3. C. de app.*

XXXII.

Canonico vero, etſi quidam contra velint, cum Papa appellari poſſit omiſſo medio, contrariam tamen, ceu receptiorem probat Io. Wameſ. *d. loc. n. 4. & 5.* quia etſi omiſſo medio poteſtas appellandi, non tamen in dubio cenſetur ea voluntas, ſed iure magis communi appellans uti putatur. Ergo qui ſic generaliter appellat, proxime ſuperiorem adire debet.

45) Græci habent ibid. *τύπτεσθαι*, quod eſt verberibus cædi, Leunclav. *Lib. 2. Notator. Cap.* 120. arbitrio Principis vindicari; Paul. 5. *Sent.* 35. *§. ult.* infamia notari, *L. 42. de iniur.* Quod Ræv. 1. *Var.* 3. de eo accipit, qui formulam appellationis ita concipit: *Quia male iudicatum eſt, appello.* Sed noſtri docent, convitium non haberi, ſi dicatur ſententiam iniquam eſſe, ſed ſi ex corruptione latam, aliiſve huiuſmodi verbis, quibus dolus aut ſordes iudici impingerentur, &c. vid. Guid. Pap. *Sing.* 358. *n.* 8. Lanceli. Conrad. *de Off. prat. in cauſ. civil. v. appellatio n.* 4. Veſtr. *Lib.* 7. *Pract. Cap.* 3. *n.* 31. ubi tamen tutius eſſe monet, ut addatur: *Salvo honore iudicis, &c.*

46) Hinc inolevit appellatio coram Notario & teſtibus, vid. Marant. *h. t. n.* 133. Mynſing. 4. *Obſ.* 45. Hartm. & ab eo citati *Tit.* 19. *Obſ.* 4. P. Gregor. 6. *de Appell.* 3. *n* 4. Moller. *ad Novell. Elect. Sax.* 20. *Parte* 1. Quæ apud nos valet, etſi copia iudicis non deſit, ex *d. Novell.* 20. Sed & dictæ Conſtitutioni ſuæ D. Auguſtum Electorem derogaſſe reſcripto ſuo, ne in Curiis ſuis recipiantur, niſi coram iudice a quo interpoſitæ, refert Zang. *Praleli. ad Cap.* 4. & aliquot coniuncta *extra hoc tit.* Cum contra iure Civili & Canonico quoties copia iudicis a quo, ei offerenda ſit appellatio, Hartm. *d. T.* 19. *Obſ.* 6. *n.* 1. vid. Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 102. *& ſeq.* Ea autem inſinuatio iudici a quo fieri poteſt etiam extra iudicium, Mynſing. 2. *Obſerv.* 12. nec neceſſaria eſt in appellatione ad Cameram *idem* 4. *Obſ.* 44.

47) Et itaque cautus ſit appellans, & a reiectione quoque, ſeu negata delatione appellet cum alias reiectio ea & ſententia in iudicatum tranſeant, Gravat. *ad Veſtr. Lib.* 7. *Pract. Cap. ult. n.* 23. Bredetod. *h. Tr. Parte* 2. *Tit.* 2. *fol.* 33. Quod & in appellatione ab interlocutoria obtinet ut *ſupra N.* 31. add. P. Gregor. 8. *de Appell.* 2. *n.* 13. Prius autem exſpectari debet reſponſum iudicis a quo, deferatne appellationi an recuſet, Hartm. Hartm. *Titul.* 19. *Obſerv.* 8.

XXXII. Sed non uſque eo videtur mihi vis huius appellationis pervenire, ut in eventu, atque in ſumma cognitionis inter hanc, & eam quæ recepta eſt nihil interſit. Puto enim si iudex qui appellationem non recepit, opinionem ſuam per relationem declaraverit, & cauſſam reddiderit, cur non admitteret appellationem: nihil præterea ex appellatione, quæ ob non receptam priorem appellationem interpoſita eſt, apud ſuperiorem iudicem quæri oportere, quam utrum iuſta cauſſa fuerit repudiandæ appellationis, necne. Ac si fuiſſe cauſſam conſtiterit, hic ſuperiorem iudicem ultra progredi non debere. Denique non debere cognoſcere de prioris iudicis ſententia. Moveor quod ex iis cauſſis, quas expoſuimus, prohibetur legibus iudex recipere appellationem, & quidem ita, ut ex quibuſdam cauſſis, adverſus eum, qui receperit, pœna ſtatuatur. *L.* 2. *L. penult.* & toto *tit. C. quor. app. non recip.* Cur quæſo, nisi quia id agitur, ne amplius de eadem re audiatur appellans, ſed ſententia exitum habeat? Quod plane contra fit, si ob non receptam primo appellationem permittitur appellare, & appellatio poſterior hoc efficit, ut iterum de eadem re cognoſcere, & priorem ſententiam retractare liceat. An non etiam illud abſurdum eſt, priorem appellationem ob certas cauſſas prohibere, poſteriorem manentibus iiſdem cauſſis admittere?

XXXIII. Non abs re eſt, quod tento ratione hanc ſententiam efficere. Nam præterquam, quod nuſquam eam aperte poſitam reperio in libris noſtris, hoc etiam ad eam prima fronte repudiandam accedit, quod in *L. a proconſulibus*, *C. de app.* ſcriptum eſt in hæc verba: *Si victus oblatam, nec receptam ab iudice appellationem affirmet, præfectos adeat, ut apud eos de integro litiget, tanquam appellatione ſuſcepta*. Quod plane ſuperiori ſententiæ contrarium videri poteſt: ſed non ita eſt. Intelligendum eſt enim ei reſcripto tunc locum eſſe, cum sine cauſſa appellatio recepta non eſt, aut quod tantundem valet, non eſt cauſſa a iudice reddita, quam ob rem etiam non recipitur. Nec ad rem pertinet, quod ſuperiora verba reſcripti sine diſtinctione ſcripta ſunt. Obſervandum eſt enim reſcriptum de his agere, quibus provocare permittit. Nam initio reſcripti ita ſcriptum eſt: *A proconſulibus & Comitibus, & iis, qui vice Præfectorum cognoſcunt, provocare permittimus*. Non permittitur autem his provocare, qui iuſtis de cauſſis id facere prohibentur. Atque etiam non pertinere eam conſtitutionem ad eos iudices, qui iuſta de cauſſa appellationem non admiſerunt, facilius ex extremis verbis colligi poteſt. Minatur enim conſtitutio ſupplicium ei iudici, qui appellationem non recepit, si forte is euius appellatio recepta non erat, apud ſuperiorem iudicem vicerit. Nihil hoc ad eum iudicem, qui iuſta de cauſſa appellationem repudiavit. Etenim si pœnam non meretur, quod iure permittente fit, ut bene ſcriptum eſt in *L. Gracchus*, *C. de adult.* quam videtur pœnam mereri is, qui appellationem non dico permittente iure, ſed etiam iubente non recepit?

XXXIV. Sit igitur hæc diſtinctio conſtituta: ſi iudex cauſſam reddiderit per relationem, cur non receperit appellationem, non debet poſterior iudex de ſententia prioris iudicis cognoſcere prius, quam cognovit, an iuſta cauſſa fuerit nec ne. Atque etiam ſi iuſtam eſſe ei conſtiterit, omnino ultra progredi non debet. Quod ſi aut ille nullam cauſſam reddidit, aut hanc poſtea iniuſtam aut falſam eſſe compertum eſt, ſuperiori conſtitutioni locus eſt, quæ poteſtatem facit de integro litigandi non aliter, quam ſuſcepta appellatione. Quemadmodum ſupra ſcriptis de cauſſis appellatio repudiari poteſt: ita ſi nulla ex his cauſſa erit, ſic iubetur iudex recipere appellationem, ut ſi contra faciat, non ſolum appellare liceat adverſus eius repudiationem, & de eadem re ex integro litigare, eo modo, quo ſupra dictum eſt: ſed etiam pœna ſit adverſus eum conſtituta, nec tantum adverſus eum, verum etiam adverſus officium eius, niſi illi reſtiterit, atque actis contradixerit. Pœna autem eſt triginta auri pondo, quæ coguntur iſti largitionibus Principis inferre. *L. iudicibus*. *L. quoniam iudices*, *C. de app.* De hac re placuit ad Principem referri oportere, ut ſit huius iniuriæ vindex. *L. a proconſulibus*, in fin. *C. eod.* Simul & tempus conſtitutum eſt, intra quod de ea agere, & pœnam perſequi liceret: alias annus, alias ſex menſes: alias quatuor, idque pro varietate iudicum, ad quos appellatum eſt. Qua de re cautum eſt in *L. ſi appellationem*, *C. eod.*

CAP.

CAP. VII.

Appellationem ſic recte introduci, ſi ad eum iudicem, quem appellari convenit, inducatur iis ſolemnibus adhibitis, quæ ius præſcribit, & intra tempora ad eam rem conſtituta. Inde tractatum, quis a quo appellandus ſit, quæ ſint hic ſolemnia: quid apoſtoli, quid relatio, quid refutatoriæ preces, quid conſultatio, quæ tempora legitima, & qui ſint, qui dicuntur in hoc genere fatales dies, quid ſit reparatio appellationis.

Continuatio, & tractandarum rerum partitio, ſeu inducendæ appellationis ordo. I.

Primo, *adeundus appellationis iudex, non alius, niſi, cum provocatur ad principem, illius conſiliarii.* II.

A Iudice dato appellatur idem, qui dedit: ab illo cui mandata iurisdictio ille, ad quem quis a mandante provocaret. III.

Quis indicum appellandorum ordo aut prærogativa in iure Civili. IV. V.

Summæ quantitas ex coniunctis etiam pluribus ſummis collecta ad principis notionem cauſam defert. VI.

Superior iudicum ordo Imperii Romanorum proprius: ſed modo pro cuiuſque gentis & populi inſtituto alius atque alius: quid ex illo noſtris temporibus reliquum. VII.

Iure pontificio licet omiſſis iudicibus intermediis appellare ad Summum Pontificem VIII.

Quando alius pro alio iudex appellatur, an valeat aut irrita ſit appellatio. IX.

Secunda, *appellator ei ad quem provocat offerre debet Apoſtolos a iudice inſtanter petitos: qui ab eo dandi appellatori etiam non petenti, & ſine dilatione.* X.

Exponitur L. eos, §. Apoſtolos; *& conciliatur cum L. Unic. D. de* libell. dimiſſor. *& cum* L. Iudicibus 24. Cod. de Appellat. XI. & ſeq.

Quid ſit opinionis exemplum *ſive relatio, quid refutatoriæ preces; qui hæ differant ab Apoſtolis.* XII. XIII.

Quid ſit Conſultatio; *& quid hæc ad principem habita relatio differat ab ea, quæ ad cæteros iudices dirigitur.* XIV.

Appellator ut apoſtolos, ita relationem petere debet inſtanter & ſæpius. XV.

Tertio, *ſolemnia & ſtata appellationis introducendæ ſervanda tempora: tria hæc temporum ſpatia, & quæ.* XVI.

Reparationem appellationis obtinere etiam iure noviſſimo, ſed eam in appellatione pedaneis iudicibus denegari. XVII.

Item in conſultatione, ſeu ad principem appellatione. XVIII.

Qui ſint fatales dies, & quot fatalium lapſus: quomodo dies ii a Iuſtiniano dilatati. XIX.

Quid ſit reparatio appellationis, & a quo impetretur. XX.

I. Recepta appellatione perficiendum eſt, ut ea rite perveniat ad eum, qui appellatur, &, quod conſtitutiones dicunt, ut provocatio introducatur in auditorium iudicis: indicatur ad eum iudicem, qui de appellatione cogniturus eſt; ut apud eum appellator litem appellationis inſtituendam curet: eam in indicium eius inducat, eique exordium imponat. Animadvertendum tot modis eandem rem exprimi conſtitutionibus Iuſtiniani *L. in offerendis*, ver. *his videlicet. C. de app. L. nemo. L. ultim.* §. *& cum ante*, §. *in his*, §. *illud, Cod. de temp. app.* Id quomodo fiat videamus. Et inducendæ appellationis hic erat naturalis modus, ut adeatur is, quem oportet appellari, & ad eum appellatio deferatur: quæ & ipſa omnino obſervari convenit. Sed præter hæc Ius civile, & alia quædam exigit. Nam & appellationem vult deferri certo modo, & præter appellationem vult quædam una afferri ad inſtitutionem futuri iudicii pertinentia. Poſtremo & certa tempora præſtituit, intra quæ hæc omnia peragantur, quibus prætermiſſis appellatio pro deſerta habeatur. Ex quo eſt illud Theodoſii in *L. præcipimus.* in pr. *C.* de app. *diſceptationem iubemus arripi eo ordine, ea obſervatione iiſdemque temporibus, quibus cæteræ quoque lites fatali die, poſt appellationem in ſacris auditoriis terminantur.* Quæ ſeparatim, ut quidque poſtulat explicemus.

II. Ergo in primis eum iudicem adiri oportet, [1] qui de appellatione cogniturus eſt, quod Iuſtinianus *Nov.* 119. *Ut ſponſalit. largit. ſit ſpecial. contr.* §. *hoc quoque*, & *Auth. ſi appellatione, Cod. de temp. app.* ſic exprimit, opus eſſe, ut qui appellationem interpoſuit, occurrat, & præſentiam ſui manifeſtet iudici futuro appellationis. Sed an alius adiri poteſt? Et Iuſtinianus ibidem ſignificat, eſſe interdum alios, quos adiri in hac re ſit ſatis, nempe, eius iudicis quem dixi, conſiliarios, aut eos, qui cauſſas introducunt: *Si is*, inquit, *qui appellavit, occurrat iudici futuro appellationis, vel ejus conſiliariis, vel iis qui lites introducunt.* Quod dicere videtur propter eas appellationes, quæ deferuntur ad Principem. De quibus a Theodoſio ita conſtitutum eſt in *L. præcipimus, C. de app.* ut velit alias eſſe, cum Princeps ipſe iudex ſit: alias iubeat conſiliarios quoſdam ſuos eſſe iudices, ubi quos velit, & quibus in cauſſis definit. Tum hæc addit: ſive ipſe iudicet, ſive quidam ex illis iudicibus, quos conſtituerat, velle ſe ut appellationes tradantur iis, qui ſunt Principi ab epiſtolis, ſeu a libellis, quos ab illis ſuſcipi, & introduci iubet. Quod cum de his nominatim conſtitutum ſit, licet hinc colligere, niſi quem alium leges adiri permittant, non alium adeundum eſſe, quam eum, qui iudex futurus eſt appellationis. Nec legimus conſtitutiones alias id permittere quam cum Princeps appellatur: idque eo modo, quo ſupra dictum eſt.

III. Hoc demum loco ſtatuendum eſt, quem appellari oporteat, ut & hunc ſuo tempore adeamus. Et multum intereſt, utrum a iudice dato appelletur, an ab alio, qui iuriſdictionem habens pro iuriſdictione ſua, vel munus deferat, vel iudicet. A iudice dato ſi appelletur, certa regula utimur, ſive primo, ſive iterum appellatur, ſemper unum eundemque appellari, nempe, eum qui dedit iudicem, vel ſucceſſorem eius. *L.* 1. in princ. *D. quis a quo app. L. præcipimus.* §. *hac ſi, Cod. de app.* Adeo ut nihil putetur referre, utrum magiſtratus ipſe elegerit ſua ſponte iudicem, an eum dederit ex auctoritate Principis, quanvis nominatim iudicem declaramus. *L. ultim. D. quis a quo app.* Longe diverſum eſt, ſi a decreto, vel ſententia eius, qui iuriſdictionem habeat, nec in eo iudex datus ſit, provocetur. Primum hoc diſſimile, quod ab eo nunquam appellatur is, qui iuriſdictionem detulit. Nam etsi mandatam quis iuriſdictionem habeat, non tamen appellatur [2] is qui mandavit, ſed ille qui provocaretur, ab eo qui mandavit iuriſdictionem. *L.* 1. §. 1. *D. quis a quo ap.* Non enim is cui mandata eſt iuriſdictio iudici dato ſimilis eſt. Ille enim a mandante iuriſdictionem cum accipiat, per omnia vice mandantis fungitur, *L.* 3. *D. de off. eius.* ut proinde nihil interſit uter iudicarit. Iudex datus non iuriſdictionem accipit, ſed tantum iudicandi poteſtatem. *L. a iudice, Cod. de iud.* Quæ res declarat eum vice magiſtratus, qui iudicium dedit, non fungi, eoque magiſtratus iuriſdictioni nihil derogare. Non hoc tantum diſſimile, ſed illud multo magis, quod cernitur in iis, quos appellare oporteat, ab eo, qui iudex datus non ſit. Nam præterquam, quod alii appellantur primo loco, alii ſecundo, etiam in unoquoque gradu, non ſemper iidem adpellationis iudices obſervantur.

IV.

1) Is vero oportet, ut maior ſit priore iudice. Neque ad compares iudices appellationem referri decet, ſed a minore iudicio in maius tribunal adſcendere, ut *Nov.* 23. *C.* 4. *C. placuit* 9. *C. anteriorum* 28. §. *illo videl. Cap.* 2. *Q.* 6. Nam cum in æqualem, nedum in maiorem minori nulla ſit auctoritas, non convenit, ut hic eius acta geſta convellat, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 319. Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 3. P. Greg. 1. *de Appell.* 3. *n.* 2. & *Lib.* 4. *Cap.* 1. *n.* 2. & 3. Beſold. *de Appell. Cap.* 4. *n.* 1. & 2. Quod quidam de natura, alii de ſubſtantia appellationis eſſe docent, ut contra lege municipii uſuve caveri non poſſit, quin is, qui appellatur, aliqua ſaltem ratione, ſuperior ſit, cum hæc ſit ſignum & pars ſuperioritatis, Weſenb. *Conſ.* 43. *n.* 46. & DD. paſſim. vid. Knich. *de Sax. non provoc. iure v. iur Cap.* 2. & *Encyclopedia Cap.* 6. Hinc ex quo Macedonum Regibus Athenienſes multum paruerunt, non tamen appellationis, aut querelæ via ſententias, aut decreta ſua extra urbem & ditionem ad Macedonum tribunalia deferri paſſi ſunt, Ioach. Steph. 2. *de iuriſdict.* 11. *n.* 20. & *ſeqq.* Etſi immediata ſubiectio hinc non ita arguatur, cum non ita ſubſtantiale appellationis ſit, ut fiat gradatim, P. Gregor. *d. Cap.* 3. *n.* 4. Matth. Steph. *de iuriſdict. Lib.* 2. *P.* 1. *Cap.* 7. *n.* 357. Attamen conſuetudine induci poſſe, ut ad peregrinum iudicem, & a quo non dependet iuriſdictio iudicis, a quo appelletur, adſtruit Coler, *Conſ.* 1. *n.* 283. & *ſeqq.* Quomodo olim ex regno Boemiæ provocationes deferebantur ad Curiam Magdeburgenſem & Lipſienſem, priuſquam appellationum iudicium Pragæ inſtitutum, *Relat. Orat. Veneti ex aula Imp. Rom. P.* 1. *Theſſauri Politici* Phil. Honorii *pag.* 61. Hodieque a Roſtochienſi Senatu vel Curiam Ducis Megapolenſis vel Senatum Lubecenſem appellare liberum eſt. Sicuti & aliæ ad mare Balthicum civitates eundem Senatum appellant. Cuiuſmodi Provocationes in vim magis conſilii, ſeu conſultationis aut prorogatæ iuriſdictionis fieri, cenſet Matth. Steph. *d. Cap.* 7. *n.* 362. add. Bocer. *d. iuriſdict. Cap.* 3. *num.* 76.

2) De appellatione a delegato, item ſententia *d. L.* 1. §. 1. ac conciliatione cum *L. ſeq.* 2. & *L.* 1. *Cod. Qui pro ſua iuriſdict.* vid. Govean. *ad L.* 1. *de iuriſdict. n.* 6. & 1. *Var. Lect.* 46 Vocon. 6. *Declar.* 84. Zoan. *Reſtitut. ad Pand. Cap.* 9. Fachinæ. 1. *Contr.* 78. Marant. *hoc tit. n.* 356. & *ſeq.* Petr. Greg. 4. *de Appell.* 8. Pet. Gail. 1. *Obſ.* 121. Wurmſer. *Tit.* 24 *Obſ.* 5 Hartm. *Tit.* 19 *Obſ.* 28. M. Anton. de Amatis *Deciſ.* 47. Anton. Fab. *C. ſuo hoc tit. defin.* 30. Confer. Bover. *Sing* 64. *n.* 11. Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 320. A vicario quis appelletur, Marant. *h. tit. n.* 380 & *ſeqq.* Confer. Cuiac. 16. *Obſ.* 2. Scip. Gentil. 2. *de iuriſdict.* 9. Gerlac. Buxtorf. *Differtat. in* 17. *priora aurea Bull. Caroli IV. Capita Concl.* 63.

IV. In quo ſub poſterioribus Imperatoribus, quorum conſtitutiones exſtant, in Codice Iuſtiniani hic ordo fiat, & forma iuriſdictionis. A magiſtratu municipali, aut alio quovis iudice recta appellatur præſes in provinciis. Quod colligimus ex *L. hi qui*, *Cod. de app.* Nam cum ibi poſuiſſent Imperatores, eum, qui ad munus vocatus erat appellaſſe: Ex eo ipſo conſequens eſſe volunt, ut ille apud præſidem Provinciæ cauſſam agere debeat. *Cum igitur*, inquiunt, *ad munus vocatus appellaveris apud præſidem provinciæ*, *iuſte te appellaſſe oſtende*. Quibus verbis aperte ſignificant, quæcunque prima appellatio interpoſita eſt, hoc ipſo, quod eſt interpoſita, præſidis eſſe cognitionem. Niſi forte cauſſam fuiſſe putamus, cur a delatione muneris recta appellaretur præſes, non appellaretur autem idem a ſententia eiuſdem magiſtratus. Et ſane cum ſupra magiſtratus municipales ſolus eſſet præſes in provincia, qui iuridicundo præeſſet, quem tandem alium præter præſidem provinciales appellarent? Quod ſi in provincia aliqua, aut aliqua regione præſides nulli eſſent; placebat appellationem Romam deferri, eiuſque appellationis iudicem eſſe Præfectum urbi. Ut de iis provinciis & regionibus conſtitutum eſt, quæ enumerantur in *L. cum appellatio*, *Cod. de appell.* Romæ qui primo loco cognoſcerent, prætores fuerunt. *arg. L. ſi quis ex aliena*, *D. de iudi.* Ideo non appellabantur ipſi, niſi iudicem dediſſent: ſed ab his erat provocatio. Qui autem ab his [3] appellaretur, fuit præfectus urbi itidem, ut in provincia, cum a ſententia, aut decreto inferiorum magiſtratuum non erat alius in provincia, qui appellaretur, ut cautum eſt in *L. ſi apud*, *C. de app.* A præſidibus provinciarum, ac perinde a [4] præfecto urbi appellabatur Princeps. Huc pertinet *L. a proconſulibus*, *in pr. C.* de app. *A proconſulibus*, ait Conſtantinus, *& Comitibus*, *& iis qui vice præfectorum cognoſcunt*, (omnes hi Præſidis appellatione continentur. *L. 1. D. de off. præſid.*) *sive ex appellatione*, *sive ex delegatione*, *sive ex ordine iudicaverint*, *provocari permittimus: ita ut appellanti iudex præbeat opinionis exemplum*, *& acta cum refutatoriis*, *ſuiſque literis ad nos dirigat*. Hæc omnia ad ſe dirigi vult Princeps non alia de cauſſa, quam quod appellatio ad eum referatur. Et quod ait, *sive ex appellatione*, hunc ſenſum habet: ſive ſuperiores illi iudicaverint ex appellatione, quæ ad eos interpoſita erat, ſive iudicaverint *ex delegatione*, quod eſſent videlicet a nobis delegati: ſive iudicaverint *ex ordine*, id eſt, tum, cum ordo iuriſdictionis primo loco iis cognitionem cauſſæ detuliſſet. Sed in ea appellatione qua princeps provocatur varii iudices pro genere appellationis conſtituti ſunt.

V. Extat Theodoſii conſtitutio, cuius initium eſt: *Præcipimus. C. de app.* qua primus de hoc genere ita cavit, ut vellet interdum Principis audientiam, & cognitionem expectari; interdum hac non expectata ſtatim alios eſſe eius appellationis iudices, quos vice Principis vult cognoſcere. Principis audientiam tunc expectari vult, cum a ſententiis illuſtrium & magnificorum iudicum fuerit appellatum, a quibus modo appellari poteſt. Quales ſunt Præfectus urbi, magiſter officiorum, quæſtor palatii. *L. ult.* verſ. *ultionis*, *C. ubi ſenat. vel clar. d. L. præcipimus*, in pr. illic: *Virum illuſtrem*. Quo eodem ex loco conſtat, præfectum prætorio eſſe ex numero illuſtrium: ſed is eſt a cuius ſententia non poſſit appellari, ut ſupra diximus. *L. a proconſulibus*, *C. de app.* Alios iubet eſſe iudices, cum appellatur a ſententiis ſpectabilium tantum iudicum, quales fuiſſe proconſules, præfectum auguſtalem, comitem Orientis oſtendit Accurſius ad *d. L. præcipimus*, in pr. Idem ſtatuit & Theodoſius & tunc, cum appellatum eſt a iudice privato, non illuſtri, quem Princeps antea dederit. Iudices autem huius appellationis ſimul duos & eos certos ſtatuit: præfectum prætorio, & una quæſtorem Sacri palatii. Præterquam ſi a duce appellatum fuerit, in qua ſpecie vult ſolum præfectum prætorio iure ordinario iudicare. Hæc Theodoſius, in quibus quædam ſunt a Iuſtiniano [5] immutata. Nam primum ſi litis

3) *L. 13. C. Th. eod.* P. Greg. 3. *de Appell.* 14. Aliquando ab iis ad conſules provocatum. Valer. *Lib.* 7. *C.* 7. Langlæ. 7. *Semeſtr.* 5. *pag.* 332.

4) Olim nec a Præfecto urbi appellari potuiſſe, ſtatuit P. Buſius 1. *Subtil.* 14. per locos Symmachi *Lib.* 10. *Epiſt.* 29. 41. 46. quæ tamen non hoc, ast contrarium probare videntur. Tametſi & hic vice ſacra iudicare dicebatur. Quomodo in antiqua inſcriptione, *Parte* 3. *Topographia urbis Romanæ* Iani Iacob. Boiſſardi *pag.* 109. Neratius Cerealis Præfectus urbi vice ſacra iudicans. Et ſane indiſcretæ dignitatis dicitur cum Præfecto prætorio, *L.* 1. *Cod. de præf. prat. ſive urbi*, *Lib.* 12. *Tit.* 4. Olim ad quos Provocationes factæ, vid. Broidæ. *Supplem. Hiſtor. fori Pollesti Lib.* 5. *Cap.* 16. Cuiac. 21. *Obſ.* 33. Petr. Gregor. 4. *de Appell.* 11.

5) Alia de his conſtituta in Novellis paſſim, ut *Nov.* 20. *Nov.* 23. *Cap.* 4. *Nov.* 24. *Cap.* 5. *Nov.* 25. *Cap.* 6. *Nov.* 29. *Cap. ult. Nov.* 30. *Cap.* 11. *Nov.* 62. *pr. Nov.* 75. *Nov.* 82. *Cap.* 4. *Edicto Iuſtin.* 8. *Cap.* 1. §. 1. *Nov.* 126. Ex qua patet coram his cognitoribus eodem modo per-

æſtimatio viginti librarum auri quaotitatem excedat, velint cauſſam apud ſe diſceptari in communi auditorio procerum palatii ſui, ut ſcilicet nihil hic referre putaret a quibus iudicibus eſſet appellatum. *L. in offerendis*, verſ. *his videlicet*, *C. de app.* Quod ſi litis æſtimatio eſſet infra, aut intra eam qoantitatem, retinuit ille quidem iudicum cognitionem; ſed quibuſdam in cauſſis & iudicum numerum, & iudices ipſos commutavit. Namque pro duobus iudicibus a Theodoſio conſtitutis Iuſtinianus vult unum ſatis eſſe, ſi non excedat litis æſtimatio decem librarum auri quantitatem, *d. L. in offerendis*, in princ. Vice verſa pro præfecto prætorio, quem ſolom Theodoſius in appellatione a duce interpoſita iudicem eſſe ſtatuit, Iuſtinianus duos eſſe iuſſit iudices, magiſtrum officiorum, & quæſtorem ſacri palatii. *L. ſi quando*, *C. de appell.* Sed & Theodoſius ipſe poſtea pro quæſtore palatii, quem præfecto prætorio adiunxerat, voluit magiſtrum militum, una cum præfecto prætorio iudicare in una hac cauſa: Si apparitor magiſteriæ poteſtatis de ſtatu in provincia paſſus ſit controverſiam, & a præſidis ſententia fuerit provocatum. *L. eo caſu*, *C. eod.*

VI. Interim illud obſervabimus in his cauſſis ſummæ [6] quantitatem alias facere, ut ſit notio ipſius Principis, alias ot ſit iudicum a principe conſtitutorum, Quapropter recte huc accommodabitur ea quæſtio, quæ tractatur in *L. ſi quis*, *§. 1. D. de app.* De ea actione, quæ plures ſpecies in ſe habeat, ut tutelæ, negociorum geſtorum, pro ſocio: in qua quis pluribus ſummis ſit condemnatus: quarum ſingulæ notionem Principis non faciunt, omnes autem coniunctæ faciunt. Quæritur enim utrum ſeparatim ſpectandæ ſint an coniunctim: ſtatuit autem Ulpianus eſſe Principis cognitionem, ut coniunctim ſummæ ſpectentur.

VII. Sed hæc de iudicum ordine, & prærogativa in diſceptandis cauſſis appellationum pro vetere forma imperii conſtituta ſunt. Qua mutata oeeeſſe eſt hæc eadem ceſſare. De his vero quivis populus & Princeps prout expedire, & ad præſentem rerum ſtatum pertinere videbitur, ſtatuit. Illud, quod dixi, de ſententiis iudicum datorum, quia ubique iudices a magiſtrato dari poſſunt, perpetuum eſt. Eſt & illud, quod iam dicam, & circa appellationes diligenter obſervandom eſt, quoties cooſtat præſidem, vel quemlibet alium magiſtratum eſſe cognitorem, id eſt, eum ad quem iure cognitio appellationis deferatur, nimirum hos ſolos appellandos eſſe. Et si forte omiſſis his Principes appelletur: tamen ad eos cauſſam [7] remitti. *L. Imperatores*, in pr. & *§. 1. D. de app. L. addictos*, *C. eod.* Plus dicimus, etsi ad Imperatorem cauſa remiſſa ſit partibus conſentientibus, quæ ad notionem præſidis pertinebat, poſſe tamen præſidem hanc audire. Sic enim Paulus in *L. ad Imperatorem*, *D. eod.* Quod ego ſic accipio dictum eſſe, ut poſſit præſes cauſſam aodire non ſolum litigatoribus conſentientibus, & priorem conventionem mutantibus (de quo nemo iuſte dubitaret) ſed etiam uno ex litigatoribus poſtulante. Nihil enim Paulus diſtinguit, & hoc ita iuberi videtur in *d. L. addictos*, *C. eod.*

VIII. Iure autem Pontificio permiſſum eſt recta ad ipſum Pontificem appellare, intermediis iudicibus omiſſis, [8] *c. ſi duobus*, *extr. de appellat.* Sed interdum, & in territorio tantum eccleſiæ Romanæ, ut putant interpretes. Ad alium certe non licet, omiſſis [9] mediis. *c. dilect.*, *extr. eod.*

IX.

peractas appellationes eſſe, ac ſi Princeps adeſſet. Unde Ioach Steph. 3 *de iuriſd.* 12 *n.* 35. eadem obſervata fuiſſe ſolemnia veſtium, ſeu indumentorum & calceamentorum, quibus tum litigantes, tum advocati ex ſingulari habitu coram Principe in eiuſdem Conſiſtorio utebantur. Sed ut hic cum exoleverint, immorari nihil attinet. Videri poteſt Ioach. Steph. *d. Lib.* 3. *Cap.* 10. *n.* 22. *& ſeqq. & Cap.* 13. *n.* 7 *& ſeqq.*

6) Confer. *noſ. Cap. praced. N.* 33 Auri autem libra 72. auri, Goth *ad Nov.* 23. *in Epitome lit. E.*

7 *Nov.* 30 *Cap* 9. ubi cum increpatione remitti dicitur, qui continuo relicto magiſtratu ſuo ad Imperatorem recurrit. Atque hoc eſt quod vulgo: gradatim fieri debere appellationem, vid Marant *p.* 6. *h tit. n* 368. Petr. Gregor. 1. *de Appell.* 3. *n.* 3. *&* 4. *& Lib.* 4. *Cap.* 2. Mynſing. 1. *Obſ.* 67 Gail. 1 *Obſ* 119. *n.* 2. Hartm. *Tit.* 19. *Obſ.* 5 Peguera *Deciſ.* 91 Moller. 2 *Semeſtr.* 30. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 37. fuſe Brederod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 18.

8) Et pluribus ſimilibus citatis a Brederodo *d. T.* 18. *v. ad Papam.* Rationem differentiæ reddit Rebuff. *Privil. ſchol.* 164. quia Imperator in quem populus poteſtatem ſuam contulit, in eundem illiberalis eſſe non debeat. Papa autem a Christo ius ſuum habens nemini quidquam debeat. Item quod Papa, omnium Patrum pater, cum omnibus Prælatis in eadem iuriſdictione concurrat, eamque habeat non per communicationem, ne ſit Collega, nec per gradum ceu dependentem ab alio, ſed ut totum continens omnia, ſicuti Oceanus fluviorom omnium receptione auctor non ſit.

9) Caſus tamen excepti aliquot ſtatuuntur. De quibus Brederod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 18. Petr. Gregor. 4. *de Appell.* 3. Mynſing. 1. *Obſ.* 67. Speckhan. *d. Q.* 37. *n.* 4. *& ſeqq.* Sicuti a Studioſo Imperatorem recte appellari omiſſo medio pleriſque convenit, Horat. Luc. *Priv. Schol.* 72. Rebuff. *Privil.* 164 Pac *ad Auth. habita. Cap.* 6. *n.* 18. Peguera *Deciſ.* 191. *n.* 12. Brederod *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 13. *v. ſcholaris*. Maranta *h. t. n.* 173 Neque hoc, ut gradatim fiat abſolute neceſſarium, quin contra lege caveri uſuve recipi poteſt. Sicuti in Sicilia Marant. *h. t. n.* 377. & Hiſpa-

IX. His conſtitutis, quos appellari oporteat: quid fiet ſi alius pro alio aditus fuerit? Reſpondebimus id, quod ab Ulpiano definitum eſt in *L. 1. §. ſi quis*, D. de app. *Si quis vel parem, vel maiorem iudicem appellaverit, alium tamen pro alio, in ea cauſſa eſt, ut error ei non noceat. Sed ſi minorem, nocebit.* Quod ex reſcripto ab eo allato ita interpretandum eſt, ut ſi par vel maior magiſtratos appellatos, atque etiam aditus ſit, alius tamen pro alio, nihilominus is quem appellatum oportuit, perinde cognoſcere debeat, atque ſi ad ipſum facta eſſet provocatio intra tempora conſtituta; ſin minor, aditus erit, nihil factum videbitur. Unde eveniet, ut ſi Interim tempora legitima exierint, ſententia vim ſuam teneat. Ergo hos adiri oportet: oportet autem adiri appellationis cauſſa, id eſt, ita ut dicat appellator deferre ſe appellationem a ſe interpoſitam: petere, ut de cauſſa appellationis iudices cognoſcant, & iudicent. Hanc enim eſſe denuntiationem appellatorum appellationem introducentium declarat Iuſtinianus *Nov. 50. de his qui ingred. ad appellan. §. 1.* Quod eum fit, ibidem dicitur appellatio iudici offerri, quia ſcripto offertur, ut mox dicetur. Hoc idem Iuſtinianus verbo parum Latino vocat, appellationem [10] intimare; quaſi dicas, metam iudici facere. *L. in offerendis*, verſ. pen. *C. de app.* Hæc ut propoſui ad introducendam inchoandamque appellationis cauſſam ſatis erant: niſi ius civile iuſtis de cauſſis in deferenda appellatione alia quædam exigeret.

X. Nunc autem hoc primum exigit, ut adpellator quantum conſequi poteſt, literas ab eo iudice, a quo appellatum eſt, afferat: teſtes nimirum receptæ appellationis, & ad ſuperiorem iudicem dimiſſæ: quas propterea dimiſſorias literas, & apoſtolos appellamus. Quarum hic eſt ſenſus: *Appellaſſe, puta, Lucium Titium a ſententia illius, quæ inter illos dicta eſt.* L. unic. *D. de dimiſſ. lit.* has iudici appellationis offerri oportet. Itaque cum in his appellatio interpoſita contineatur, non abs re eſt, quod his obiatis dicitur ipſa appellatio offerri, ut modo dixi. Hæ literæ ab eo, a quo appellatum eſt impetrantur, quas ob id iubetur appellatori dare, & quidem ipſo etiam non petente, & ſine aliqua dilatione. Sic enim diſerte ſcriptum eſt in *L. eos, §. ultim. Cod. de app.* Quæ poſteriora duo non ſatis prima fronte cum aliis locis iuris congruere videntur.

XI. Nam quod ad petitionem attinet, ita ſcriptum eſt in *L. unic. D.* de dimiſſ. lit. *Sufficit autem petiiſſe intra tempus dimiſſorias inſtanter & ſæpius, ut etſi non accipiat id ipſum conteſtetur. Nam inſtantiam repetentis dimiſſorias conſtitutiones deſiderant.* Quod cum dicitur, ſimul etiam ſignificatur ſaltem eas inſtanter & ſæpius peti debere. Quod attinet ad dilationem dicitur in *L. iudicibus, C. de app.* triginta dierum ſpacia ex die ſententiæ definita eſſe, intra quæ geſta una cum relatione litigatoribus conveniat præſtari, nec prius iudicem ulla pœna teneri. Porro relationis verbo generali apoſtoli continentur: apoſtolis enim, uti horum formam ſupra concepimus, refert iudex quis a qua ſententia, & adverſus quem appellarit: ut quis dicat, non contineri: tamen ut apoſtoli, ſic relatio iubetur iiico edi litigatori, in *L. 1. C. de relat.* Denique utrumque ad inducendam appellationem pariter deſideratur, ut poſtea dicemus. Hæc vero ita concilianda mihi videntur: ut ſi de iudice tantum quæratur, hic apoſtolos dare debeat, etiam non petente appellatore (de neceſſitate enim horum petendorum prius reſpondebo) alioqui plectatur, ut auditum eſt *d. L. iudicibus.* Eſt autem hic pœna eadem conſtituta, eademque pœnæ perſecutio, quæ conſtituta eſt adverſus eum, qui non admiſit appellationem: de quo conſtitutum eſt in *L. ſi appellationem, C. de app.* Sin quæratur de litigatore: Ecquid iudicis denegatio ei in hac re noceat: hic vero dicimus non nocere: ſed hac lege ſi modo petat apoſtolos ſibi dari: idque [11] iuſtan-

& Hiſpania. Gutierez. *Lib. 1. Pract. Q.* 42. a quovis iudice Rex appellari poteſt. Et apud Francos Curiæ ſupremæ in cauſſis capitalibus. Cuiac. 21. *Obſ.* 33. Leonin. 7. *Emend.* 6. *n.* 4. Petr. Gregor. 1. *de Appell.* 3. *n.* 4. Sed & Princeps inferior per contractum iudicationem a ſe abdicare poteſt, ut eo prætermiſſo, recta ad Cameram appelletur, vid. Matth. Steph. *de Iuriſdict. Lib.* 2. *P.* 1. *Cap.* 7. *n.* 357. *& ſeq.*

10) Si Ciceronis ſæculum ſpectes, non ſi poſterius, Arnob. *Lib.* 5. *Unde eſt vobis cognitum aut unde intimatum.* Sidon. *Lib.* 7. *Epiſt.* 10. *ſpontanea memoratu intimare.* Similes loci apud Simmachum 1. *Epiſt.* 89. 3. *Epiſt.* 30. *&c.* Cæterum verbo hæc inſinuatio fieri poteſt iudici ad quem (de ea quæ fit iudici a quo vid. *Cap. praeced. n.* 27. *& in not. N.* 46.) ſi inſtrumentum non ſtatim haberi queat, Mynſ. 1. *Obſ.* 83. vide de hac Brederod. *h. Tc. P.* 2. *Tit.* 12. P. Greg. 6. *de Appell.* 8. *& ſeq.*

11) Ut & de appellantis diligentia vere conſtet, ne cenſeatur tacite renunciaſſe appellationi & acquieviſſe ſententiæ, utque negligentia iudicis appareat. Quomodo & trinæ monitiones aut edicta requiruntur ad contumaciam citati, Blarer. in *L. diffamari Cap.* 6. *n.* 28. Gœd. *de Contr. ſtip. Cap.* 11. *n.* 72. Et ſi uſo obtinuit, ut iteratæ petitiones etiam ſimul uno contextu ac in ipſa appellatione fieri poſſint, Veſtr. *Lib.* 7. *Pract. Cap.* 3. *n.* 55. ibique Gravat. vid. & Mynſ. 2. *Obſ.* 24. Cacheran. *Deciſ.* 12.

inſtanter & ſæpius faciat. Nam hanc petitionem non abſolute deſiderari, ſed ſub conditione, ſi velit litigator denegationem apoſtolorum ſibi non nocere, apparet ex his, quæ Ulpianus continenter in *d. L. unica*, in fin. ſubiicit: *Æquum eſt igitur*, inquit, *ſi per eum ſteterit, qui debebat dare literas, quo minus det: ne hoc accipienti noceat*. Hoc ergo vult Ulpianus dum litigator petat literas inſtanter & ſæpius, idque ipſum conteſtetur, ſi poſtea hanc inſtantiam ſuam, & conteſtationem probet iudici ſuperiori, non minus appellationem ei rite oblatam videri, quam appellator literas dimiſſorias accepiſſet. Quod autem ſecundo loco dicitur iudicem ſine dilatione apoſtolos debere dare, non incommode ita accipiemus ſine dilatione [12] fruſtratoria, ut hoc verbum adiicitur in *L. 1.* in fin. *C. de rela*, id eſt, ſine dilatione, quæ quidem legibus conſtituta non ſit. Qui enim iure differt, differre non videtur. Niſi malumus aliud iuris eſſe de apoſtolis dandis, aliud de relatione, quam & ipſam cogitur iudex litigatori præſtare; putamusque ſi iudex illico poſt appellationem interpoſitam non dederit apoſtolos, pœnam eſſe in eum conſtitutam, quam evitare non poſſit, quamvis poſtea paratus ſit, una cum relatione apoſtolos reddere. Quod nulli invito probabitur. Quid enim intereſt litigatoris apoſtolos ante relationem accipere, quibus etiamſi velit ad inducendam appellationem, ante acceptam relationem uti non poſſit. Non ſunt hæ literæ ſatis. Viſum eſt, utile eſſe, quiſquis iudex ſit, qui provocatur, hunc de iure prioris ſententiæ, quantum licet certiorem fieri, poſtquam ab eo hoc poſtulatur, ut pronunciet iuſte an iniuſte iudicatum ſit. Id quoniam ita fit, ſi acta prioris iudicii cognoſcat, & relatione prioris iudicis, de eo, quod actum & iudicatum eſt, admoneatur: placuit utrumque ad eum deferri debere, eaque gratia utrumque præſtari litigatori ab eo, a quo provocatum eſt: [13] acta dico, & iudicis relationem. *d. L. iudicibus, C. de app.* Aliis locis ita expreſſum eſt, litigatorem interpoſita provocatione, curare debere, ut petat opinionis exemplum, & refutatorias preces: item iudicem appellanti præbere debere opinionis exemplum, & acta cum refutatoriis partium, ſuiſque literis ad ſuperiorem dirigere debere; hæc in *L. quoniam nonnulli.* & *L. a proconſulibus, C. de app.* quæ eodem redeunt.

XLI. Id ut intelligatur, horum unumquodque quid ſit, & quamobrem deſideretur ſingulatim explicabo. Literas iudicis in hac ſpecie accipimus relationem iudicis, quæ literis continetur. His enim refert iudex, qua de re actum ſit, quæ de eo opinio ſua ſit, ac ſecundum hoc quid pronunciarit, ut intelligere poſſit ſuperior iudex quæ res referentem moverit. Ita in ea relatione opinionem ſuam exponit iudex. Unde in *L. eos, §. ſuper, D. de app.* iubentur iudices opiniones ſuas tranſmittere ad ſuperiorem: cum uberii poſſent ex aliis conſtitutionibus relationem ſuam tranſmittere. Quam quoniam verendum erat, ne in ea relatione aliquid fugeret iudex: placuit eum iubere debere relationis ſeu opinionis ſuæ *exemplum illico litigatoribus edi apud acta hoc conſilio, ut ſi cui forte relatio minus plena, vel contraria videatur, is refutatorias*, partes opponat, quas *ſimiliter apud acta ſine aliqua fruſtratoria dilatione offerat*. Hoc quidem prope totidem verbis de hoc genere cautum eſt a Conſtantino in *L. 1.* in fin. *C. de rel.* Niſi quod ille de conſultationibus, & relationibus loquitur, quibus iudices de negocio referunt ad Principem etiam ante appellationem. Et congruunt duo reſcripta ſequentia eiuſdem tituli. Sed quod de his relationibus dictum eſt, eiuſmodi eſt, ut ad relationes omnes, etiam quæ ad ſuperiores iudices appellationis cauſſa fiunt, pertineat. Nam in *L. 2.* eius tituli hæc generalis ratio omnes complectens redditur: *quippe, tunc relationibus plena veritas eſt, cum vel allegationibus repelluntur, vel probantur aſſenſu*. Deinde cum in appellationibus & *opinionis exemplum* edi debere legamus, & legamus præterea *refutatorias preces*, quis dubitet in iiſdem verbis idem ius contineri? His adde finem, omnibus his relationum gene-

11. In Camera vero recipitur apoſtolis non petitis, Gail. 1. *Obſ.* 139. *n.* 15 Myns 4. *Obſ.* 36. P Frider. 1 *de Proceſſ extrah* 7. *n.* 26. *&* *ſeqq.* Quos de apoſtolis his plenius conſule, uti & Cuiac. 24. *Obſ* 29. Gœd. *ad L.* 106 *de V. S.* Wurmſer. 24. *Obſ.* 23. Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 219 *& ſeqq.* ubi *n.* 24. quod dentur expenſis appellantis Petr Gregor. 6 *de App* 2. *&* 7. Brederod. *h. Tr. L.* 2 *tit.* 4 Wehner. *Pract. Obſ. de V. S. v. Abſchied-brieff* Polydor Ripa *de Nocturno tempore, Cap.* 38. Unde dicti etiam Scip. Gentil. *Orig. Lib. ſing. pag.* 306.

12) Ita quoque in *d. L. 6. §. ult. ut & in Nov.* 134. *Cap.* 3. ſimilia verba exponit Cuiac. in *d. Nov.* 134. *&* 24. *Obſ.* 29. *ac de Diverſ. temp. præſcript. Cap.* 10. Sane iudex ſi velit, hunc terminum coarctare & minorem præfigere poteſt, Gravat. *ad Veſtr. Lib.* 7. *Pract. Cap.* 3. *n.* 71.

13) De hac actorum editione vid. Gail. 1. *Obſ.* 134. & Grevæ *ibid. Pract. Concluſ* 134. ubi *n.* 13. *& ſeq.* exemplum, non authenticum, edi tradit, nec ſi diſerte iudex ſuperior mandaverit

generibus, & refutatoriis precibus communem. Quorſum enim conſultationem, quæ ad Principem deſtinatur, edi litigatori: adverſus exemplum conſultationis opponi a litigatore confutatorias preces? Nempe, ut his cognitis ſic de re inſtruatur Princeps, ut propemodum actorum recenſione non ſit opus, uti ſcriptum eſt in *L. ult. C. de relat.* Plane idem de relationis & opinionis editione, deque refutatoriis precibus, quæ in appellationibus deſiderantur ſcriptum eſt in *L. eos, §. ſuper, C. de app.* Aiunt Imperatores; *opiniones ſuas iudices, & exempla appellatoribus edita, & refutatorias eorum ad ſcrinia quorum intereſt, tranſmittant.* Sequitur, quamobrem, *quibus*, inquiunt, *geſtorum eorum fides manifeſta relatione pandatur, ut meritis eorum conſideratis pro fortuna ſingulorum ſententia proferatur.* Quare, quod de uno genere dictum eſt, neceſſe eſt ad alterum, in quo eadem ratio ſit, transferri. Ex his autem intelligi poteſt, quid vocent Imperatores refutatorias preces. Supra diximus, relationes tunc veras eſſe, cum allegationibus repelluntur. Repellere porro refutare eſt. Perſpicuum eſt igitur, refutatorias literas, dici eas, quæ continent allegationes, quibus repellitur & refutatur relatio iudicis antea edita, ſive quod minus plena ſit, ſive quod vero ſit contraria, ut eſt in *d. L. 1.* Hanc refutationem recte refutatorias literas nominaverimus. Et quidem libelli refutatorii vocantur a Iuſtiniano in *L. ultim. §. 1. Cod. de app.* & *L. ultim. §. in his, Cod. de temp. app.* Sed obtinuit magis ut refutatoriæ preces dicerentur. *dict. L. 1. Cod. de rel. L. quoniam nonnulli, Cod. de app.* Fortaſſis ideo, quia in his erat appellator, ne ſuperior iudex relationi iudicis a quo appellatum eſt, fidem adhibeat: & ſimul ipſe quid ſit in re exponit.

XIII. Illud quidem nullo iure probari poteſt, quod vulgo tradunt, refutatorias preces [14] libellos eſſe appellatorios, aut apoſtolos. Quam enim refutationem aut libelli appellatorii, aut literæ dimiſſoriæ continent, quorum utrumque nihil amplius declarat, quam Lucium Titium appellaſſe ab ea ſententia, quæ inter illos dicta eſt? Cum autem conſtat exemplum opinionis, ſeu relationis non iudici edi a litigatoribus, ſed edi litigatoribus a iudice: oportet in *L. eos, §. ſuper, Cod. de app.* non recte legi; *opiniones ſuas iudices, & exempla ab appellatoribus edita tranſmittant:* ſed ita legendum, *exempla appellatoribus edita*, detracta præpoſitione, *AB:* Vel hoc modo: *exempla ab his appellatoribus edita*, ut intelligatur, *ab his iudicibus*. Quod ſi edito opinionis exemplo, nihil reſpondeant litigatores, aſſenſu ſuo relationem confirmant; ut eſt in *L. 2. C. de relat.* Ut apparet eos non cogi libellos refutatorios dare, unde in *L. ult. §. in his, Cod. de temp. app.* cum Iuſtinianus diceret litigatores intra certum tempus geſta colligere debere, & refutatorios libellos: geſta quidem ſimpliciter dixit, colligenda eſſe: de libellis autem addidit conditionem, *ſi voluerint.* Quod ergo dicitur in *L. quoniam nonnulli, Cod. de app.* appellationem pro deſerta eſſe, ſi litigator, nec opinionis exemplum nec refutatorias preces curet petere vel offerre: hoc petere ad refutatorias preces referri non debet: ſed ad opinionis exemplum duntaxat. Hoc enim petere oportet, & acceptum iudici ſuperiori offerre. Refutatorias autem preces nihil niſi offerre. Non enim neceſſe eſt, eas peti ab iudice, quæ ab ipſo litigatore proficiſcuntur. Iubetur iudex iſta dirigere ad ſuperiorem in *d. L. a proconſulibus, Cod. de app.* ſed ita, ut ea tradi oporteat litigatori, ut deinde ab eo offerantur. *L. iudicibus. L. quoniam nonnulli, Cod. de app.* Sane ubi reus in cuſtodia retinetur, officium iudicis eſt ut ſuperiores reos ipſe tranſmittat ad ſcrinia eorum, quorum intereſt. *L. eos, §. ſuper, Cod. de appellationib.*

XIV. Illud circa relationem iudicis monendi ſumus, cum princeps appellatur, ad eum quoque referri debere: ſed inter relationem, quæ dirigatur ad Principem, & eam quæ ad cæteros iudices, hoc intereſſe, quod cæteris iudicibus ſatis eſt referre, quid ſit in re, & opinionem de ea re ſuam exponere. Cum autem appellatur Princeps, relatio habere debuit Principis conſultationem. Unde [15] illa: appellatione implorari Principis diſceptationem, & audientiam per conſultationem. *L. præcipimus*, in princip. & verſ. *ſane, Cod. de appell.* Item, conſultationum mo-

14) Vulgo refutatorii apoſtoli ſtatuuntur, quibus iudex oſtendit, ſuperiori appellationi, ceu iniuſtæ deferendum non eſſe, & ita eam refutat Gœd. *ad L.* 106. *de V. S. n.* 4. vid. P. Greg. 6. *de App.* 2. *n.* 2. 6. *& ſeq.* Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 225. Brederod. *h. Tr. P.* 2. *Tit.* 4. & alii. Sed Donello fere convenit Cuiac. 22. *Obſ.* 33. hos Græce vocari ἀναπληρωματικούς, & ſupplementa partium a Symmacho dicens.

15) Vid. *Nov.* 126. *princ. Nov.* 75. Maranta *Parte* 6. *h. t. n.* 7. *&* 3. *ſeqq.* Petr. Greg. 1. *de Appell.* 4. Enimvero & in præcedentibus & ſequentibus huius Capitis ſunt quæ non plene ſatisfaciunt, ſed ne examinem, loci anguſtia vetat.

more negocium in ſacrum Principis palatium introduci. *L. in offerendis*, in princ. *Cod. eod.* Et conſultationem exercere pro exercere appellationem apud Principem in *L.* 4. *Cod. de temp. appell.* Eſt autem conſultatio cum expoſito negocio, & eo, quod ante actum & iudicatum eſt. Conſulit Principem iudex, quid illi de ea re fieri placeat, & in eo iudicium eius implorat. Quod colligi poteſt ex *L.* 1. & *L. ultim. Cod. de relat.* Ex hoc iure nata eſt illa inſcriptio in Codice: *de appellationibus & conſultationibus*.

XV. Cum illa dicamus ab appellatore afferri debere ad appellationem introducendam, quid fiet, ſi non afferat? Officium eius eſt, ut petat hæc ſibi reddi; Ut ſi non petierit, non minus appellatio [16] deſerta habeatur, quam ſi non petiiſſet apoſtolos. *L. quoniam nonnulli, C. de app.* quod ego ſic accipio, ut petere debeat inſtanter, & ſæpius, uti de apoſtolis diximus. Cur enim inſtantius apoſtolos, quam relationem Iudicis petere debeat, ratio reddi non poteſt. Quod ſi petierit iſta, & petenti reddita non erunt, puto, nihil hoc obeſſe, quo minus ſuperior iudex de cauſſa appellationis cognoſcat. Non quod re non cognita poſſit iudex ferre ſententiam, ſed quia nihil prohibeat iudicem appellationis alias probationes exigere, quibus de negocio inſtruatur. Verum cum hic novus labor cum appellatori, tum iudici imponatur, cum appellator etiam novis ſumptibus oneretur: non immerito placuit eum iudicem plectendum eſſe, qui ſuperiora denegarit. Sic tamen, ſi iſta non reddiderit intra tempora ad eam rem definita, id eſt, intra triginta dies a tempore ſententiæ numerandos. De quo cautum eſt in *L. iudicibus, C. de app.* Illud peculiariter conſtitutum eſt adverſus eos, qui in appellatione ad Principem facta, non omnia ad Principem tranſmittunt actis indita, quæ litigatores inſtructionis, probationiſque cauſſa recitaverunt, ut perpetua infamia notentur. *L. ne cauſſas, C. de app.*

XVI. Præterea hæc ſolemnia & [17] tempora definita ſunt, intra quæ appellationem introducere liceret. Ea pro varietate iudicum & locorum varia ſunt conſtituta a Iuſtiniano, ac ſunt in ſumma tria: alias annus: alias novem menſes: alias menſes quinque. Annus conſultationibus datus eſt: id eſt, iis appellationibus quibus Princeps appellatur. Primo quidem Iuſtinianus in hac ſpecie duos annos dederat in *L. in offerendis*, verſ. *bis videlicet*, *C. de app.* De quo tempore loquens idem Iuſtinianus in *L.* 3. *C. de temp. app.* vetat ultra id tempus vivere conſultationem, quantumvis reparatio in eam rem poſtuletur a Principe, & quæcunque excuſatio de ea re obtendatur: ſimul ea quæ geſta ſunt in priore iudicio iubet tradi Scrinio ſacrarum epiſtolarum ante dimidiam partem eius temporis. Id autem eſt intra annum. Poſtea idem in *L. ult. §. in his, C. de temp. app.* In his caſibus, in quibus biennium conſtituerat, biennii metas (ſic enim loquitur) unius anni terminis coarctavit, intra quem etiam geſta colligere, & tradere ſcrinio ſacrarum epiſtolarum permiſit. Ubi ſine dubio hos caſus, quos dixi, intelligit; ut appareat hic annum manſiſſe. Utraque illa conſtitutione, quam modo retuli, emendata. Et notandum, hic annum ita dari, ut non diſtinguatur, quibus ex locis deferatur appellatio propinquis an remotis. Cum autem hic annum dat Iuſtinianus, ſimul etiam hunc excedi vetat. Quanquam & diſertis verbis id cavit in *d. L.* 3. *Cod. de temp. app.* Sed idem hoc ita accipiendum poſtea voluit, ſi alii eſſent iudices appellationis, quam Princeps, ſecundum ea, quæ de iudicibus huius generis appellationum ſupra expoſuimus: aut Princeps quidem ipſe in conſiſtorio Procerum ſuorum cognoſceret. Sed huius quoque utiliter de cauſſa adeundi eſſet copia. Quod ſi is publicis negociis occupatus copiam ſui non faceret, aut non poſſet Proceres revocare,

cavit

16) De appellatione deſerta quomodo dicatur, quæ & unde talis habeatur, deque aliis ad eam ſpectantibus &c. adiri poſſunt P. Gregor. 8. *de Appell.* 2. *&* 3. Marant. *h. t. n.* 408. *& ſeqq.* Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 109. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. h. t. Reſol.* 10. Chriſtoph. Beſold. *h. Tr. Cap.* 10. Menoch. 2. *Præſum.* 96. Veſtr. *Lib.* 3. *Pract. aulæ Rom. Cap.* 6. Gail. 1. *Obſ.* 137. *& ſeqq.* Wurmſer *Tit.* 24. *Obſ.* 12. *& ſeqq.* Mynſ. 2. *Obſ.* 59. *& ſeq.* ubi quando non excipiente parte attendenda deſertio *&* *Obſ.* 77. *&* 3. *Obſ.* 12. M. Ant. de Amatis *Decis.* 32. *& ſeq.* P. Æmil. *Decis. Rotæ* 30. *&* 2. *& ſeqq. Parte* 1. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 42. Guid. Pap. *Decis.* 135. *&* 185. Cacheran. *Decis.* 7. *&* 28. Anton. Fab. *C. ſuo tit. de temporib. appel.* Num a ſententia qua deſerta pronunciatur, appellandum, plenius excutit Rauchb. *P.* 1. *Quæſt.* 14.

17) De fatalibus, ut vocant, introducendæ appellationis, Gail. 1. *Obſ.* 140. Mynſing. 3. *Obſ.* 94. *&* 6. *Obſ.* 12. Petr. Gregor. 6. *de App.* 8. *&* 9. Brederod. *h. Tr. P.* 2. *Tit.* 7. Beſold. *h. t. Cap.* 9. *n.* 2. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 24. *n.* 37. *& ſeqq.* Cæterum & iudex a quo introducendæ appellationi breviorem terminum præfigere appellanti poteſt, etſi non finiendæ, *Cap.* 4. & ſequenti *Cap. ex inſinuat.* 50. *Cap. oblata* 51. *h. t.* cum ut citius tardiuſve peragatur, non ad ipſum, ſed ſuperiorem iudicem pertineat, vid. Marant. *h. t. n.* 207. *&* 412. Veſtr. *Lib.* 7. *Pract. Cap. ult. n.* 3. ibique Gravat. *n.* 24. & Hartm. *Tit.* 19. *Obſ.* 9. longiorem autem ſtatuere non poteſt, Gail. 1. *Obſ.* 140. *n.* 3. Corſet. *Sing.* 9. *n.* 2.

Digitized by Google

cavit poſtea ne id appellatori eſſet fraudi. Sed cauſſa maneret integra in id tempus, cum monitus Princeps patres revocari iuberet, & litem inferri pateretur. Hæc Iuſtinianus *Novel.* 23. *de appell.* §. *ad hæc ſancimus*. Unde eſt *Auth. ſed & lis*, *C. de temp app.* Præterea & tunc annus eſt conſtitutus introducendæ appellationi, cum appellatur quidem magiſtratus. Sed ex remotioribus locis deferebatur appellationi puta, Ægypto, Lybia, orientali tractu, uſque ad utraſque Cilicias numerando, Armeniis vel gentibus, vel Illyrico, & ab his transmittebatur appellatio Conſtantinopolim. Hæc ita definita ſunt conſtitutione Iuſtiniani *L. ult. C. de temp. app.* Et annum hic numerari ipſe diſertis verbis exponit in eadem lege. verſ. *ſin autem*. illic: *ut partim annale*. Eadem illa conſtitutione novem tantum menſes tunc eſſe iuſſit, cum appellabatur ex aliis imperii partibus, quam iis quæ ſupra comprehenſæ ſunt. Qua conſtitutione derogavit Legi Theodoſii, quæ eſt *L.* 2. *C. eod. tit.* qua pro varietate iudicum a quibus appellatur varia tempora ſtatuebantur ad appellationem introducendam. Ideo autem & in hac ſpecie novem menſes, & in priore annum eſſe dicimus, quia in utraque tres menſes numerantur, intra quos liceat petere reparationem appellationis a Principe: cuius petendæ poteſtatem confirmat ſuperiore conſtitutione Iuſtinianus: ſed dubitant nonnulli, an reparatio hodie locum habeat. Quam ſi ſublatam eſſe poſuerimus, ex anno ſuperiore reſtabunt duntaxat novem menſes: Ex novem menſibus reſtabunt tantum ſex.

XVII. Moventur autem illi *L.* 3. *C. de temp. app.* & *Nov.* 82. *de iudici.* §. *cæterum*. Quibus in locis Iuſtinianus reparationem appellationis excludit. Sed non animadvertunt in *d. L.* 3. reparationis petitionem inhiberi in conſultationibus, & quidem poſt tempus ad eas introducendas conſtitutum. Nempe, quod ſatis temporis eſſet ad eam introductionem conſtitutum prioribus, conſtitutionibus. Erant enim ante *d. L.* 3. duo anni, nunc eſt annus. In Novella autem de iudicibus nominatim cavet Iuſtinianus, ne reparatio locum habeat in ea ſpecie, quam proponit. Nempe, cum a pedaneis iudicibus appellatur in eadem urbe. Ita cum ſuperioribus in locis nominatim certis tantum in cauſſis reparatio denegetur, perſpicuum eſt eam quæ antea generaliter conceſſa erat cæteris in cauſſis manſiſſe. Hactenus igitur & annus & novem menſes conſtituti. Poſtea Iuſtinianus ex iis cauſſis, in quibus appellatur magiſtratus, excepit eam ſpeciem, cuius modo mentionem feci, cum ſcilicet appellatur a pedaneis iudicibus in eadem urbe, in qua ſpecie quinque tantum menſes ad inducendam appellationem ſtatuit. Primum enim duos menſes: deinde item alios tres dedit, adempta reparationis intra tres alios menſes petendæ facultate, ut efficiantur hic tantum menſes quinque. Hoc, inquam in *d. Novel* 82. *de iudic.* §. *cæterum*. Hæc tempora cum eſſe dicimus, intra quæ appellationem introducere liceat, niſi quid aliud adiiciatur, hoc intelligemus licere omnibus eius ſpacii diebus, quibus appellator velit eam inducere, quoniam quicunque dies fuerint, verum eſt, omnes intra id ſpacium contineri: intelligemus & illud licere inducere, quamvis id non petatur a Principe, quoniam ſupervacaneum eſt precibus poſtulari, quod iure communi permittitur. *L. unic. C. de Theſaur. lib.* 10.

XVIII. Et quidem in eo anno, qui conſultationibus id eſt, iis appellationibus, quibus princeps appellatur datus eſt. Utrumque plane ita fit. Ut enim intelligatur poſſe hic, cum libet, appellationem induci, nulli hic dies fatales appellatoris introducendi obſervantur, ut diſerte ſcriptum eſt in *L. ult.* illic: *Nullius alterius iudicis*, C. *ubi ſenat. vel clar.* Et adiicitur hunc eſſe morem, & habitum conſultationum. Non incommode tamen dicetur, cum appellator conſultationem præmature inducet, nondum exacto anno, huius rel [18] certiorem fieri adverſarium debere: ne illius factum victori noceat, dum cauſſa inducitur, eo die qui iure notus eſſe non poteſt. *arg. in L.* 2. §. *quod ſi ita, C. de temp. app.* Iam cum reparatio in his nullum locum habeat, quod cautum eſt in *L.* 3. *C. de temp. app.* nec mutatur in *L. ult. C. eod.* quia ea lex, ius antiquum de reparatione confirmans de his cauſſis loquitur, quæ fuerunt more appellationum, non conſultationum tranſmiſſæ, ut expreſſum eſt ea lege in princ. verſ. *ſancimus*. Cum inquam in conſultationibus reparatio nullum locum habeat: hæc autem una petatur a Principe: conficitur, quicquid de his introducendis conceditur, iure ipſo non precibus concedi.

XIX. Non eadem cauſſa fuit cæterarum appellationum, earum videlicet, quibus

18) De devolutione appellationis, & ut ad notitiam appellati venire debeat, vid. Veſtr. *Lib.* 3. *Pract. Cap.* 6.

bus appellatur magiſtratus, & ut conſtitutiones loquuntur, quæ non conſultationum, ſed appellationum more introducuntur. Nam primum quanvis ſit in his ſummum quoddam ſpacium conſtitutum intra quod liceat inducere appellationem: id nimirum, quod ſupra ſtatuimus, tamen ita ius fuit ut non poſſet ea induci omnibus eius ſpacii diebus, quibus appellatori viſum eſſet, ſed certis tantum & lege definitis. Id inde licebit exiſtimare, quod conſtat in his certos fuiſſe dies, qui fatales ſint appellati. *L. 2. C. de temp. app.* Declarat autem Iuſtinianus in *L. ult. §. & cum antea, C. eod.* fatales eſſe, quibus ſi appellator venerit, & litem inſtituendam curet, legi, quæ eſt de inducendis appellationibus, ſatisfaciat. Quod ſi eos non obſervarit eveniat, ut lis exſpiret. Unde & nomen habent. Fatum enim Latinis inter cætera mortem ſignificat, & fato fungi idem eſt, quod mortem obire, ex [19] quo fatales dies dicti, qui ſi obſervati non ſint, appellatio exſpiret, & quaſi fato fungatur. Hi autem certi ea de cauſſa conſtituti fuiſse videntur, ut etiam victori ipſi noti eſſent, quos idem facile obſervare poſſet, cum vellet, ne ſcilicet poſſet queri ſe inſcio cauſſam fuiſſe introductam, ita ut ad defenſionem cauſſæ in tempore occurrere non poſſet. Ut ſignificatur in *d. L. 2.* verſ. *quod ſi ita contigerit, C. de temp. app.* Cæteri dies qui ex legitimo ſpacio inter fatales dies intercedebant [20] temporales nominati ſunt; quia eſſent ex tempore ad introducendam appellationem conſtituto, *d. L. 2.* verſ. *pen.* Hoc poſito videndum, quot dies fatales fuerint inducendæ appellationis, & qui nam hi fuerint. De qua re cautum eſt in *d. L. 2.* Res ſic habet: In anno, quem ſupra dedimus, fuerunt hi dies quinque totidem ſpaciis temporis, quaſi intervallis diſtincti, ita ut finito unoquoque ſpacio, qui dies ſequeretur is eſſet fatalis. Spacium primum fuit ſex menſium: dies primus fatalis is, qui eos menſes inſequitur, *Primi diei fatalis tempora*, inquit Theodoſius *poſt appellationem ſex menſium eſſe iubemus*. d. *L. 2.* verſ. 2. id eſt, tempora, quæ eum diem antecedunt ſunt ſex menſes. Neque enim fatalis dies in ſex menſibus numeratur, ſed in fine cuiuſque temporis fatalis dies conſtituitur, ut expreſſum eſt in *d. L. ult. §. & cum antea, C. eod.* Primum hoc ſpacium tria alia ſpacia trium menſium ſequebantur, quorum unoquoque exacto numerabatur dies unus, qui erat fatalis: ita ut fatalis dies eſſet non triceſimus cuiuſque menſis, ſed triceſimus primus: ut ſignificatur in *d. L. 2.* verſ. *quod ſi primo*, & duob. ſeqq. Unde in *d. L. ult.* verſ. 2. dicitur poſt primum ſemeſtre ſpacium alia trium menſium ſpacia ſequi, & additur interpretatio, id eſt, nonaginta trium dierum. His accedat ſpacium ultimum trium menſium: quibus exactis ſtatuebatur ultimus dies fatalis, quem placebat ex quarto fatali die numerari, ita ut ab eo die eſſet nonageſimus primus. Eundem diem talem eſſe, ut vel eo die reparatio petenda eſſet (de qua mox dicendum eſt) vel ante unum diem præcedentem, & tum appellatio poſtremum inducenda, hoc facto legi ſatisfactum eſſe, etſi adverſarius petitæ reparationis admonitus non eſſet. Hæc ſententia videtur *L. 2.* verſ. *quod ſi contigerit* Non appellatur quidem hic dies fatalis in *d.* verſ. *quod ſi contigerit*. Sed appellatur alibi, nempe in *L. ult. §. illud, C. eod.* Cum dicitur appellator fatali die introductus cauſſæ appellationis imponere exordium. Ubi omnes dies quibus appellatio induci poteſt ſine controverſia intelliguntur. Et cur non nominetur hic poſtremus dies fatalis eadem ratione, qua ſuperiores; cum hoc potiſſimum die eveniat, ut appellatio non inducta plane extinguatur? In novem menſibus, quos ſupra poſuimus totidem fatales dies fuerunt eodem prorſus ordine diſtributi, & iiſdem intervallis: præter primum, cuius initium eſt, non poſt ſex menſes ut ſupra, ſed poſt tres duntaxat: de quo conſtitutum eſt in *d. L. ult.*

19) Ita enim lites & actiones vivere legimus *L. 3. C. de temp. app.* (etſi ibi pro *vivendi* [illegible] reponat Baſilicorum auctoritate Leunclav. *Lib. 2. Notator. Cap.* 213. ſed male) *L. ult. C. de fid. inſtr. §. 1. l. de perpet. & temp. act.* ac mori, *L. 3. §. 1. D. Quæ in fraud. cred. L. cum lite mortua 2. D. iud. ſolvi. L. 13. §. 5. C. de iudic.* perire item ac perimi, *L. 18. §. 4. de dolo.* Quippe ut vita hominis ex Philoſophorum ſententia in fato ſtare dicitur, fato finiri, & per fatum vita abrumpi. Ita per metaphoram liti quædam adſcribuntur vivendi & moriendi ſpatia, ut terminus pro fato ſit, quo lapſo mori cenſeatur. Hinc fata cauſſarum, ut *not. ſupra Lib.* 18 *Cap.* 3. *N.* 4. Et in hoc recte conveniunt P. Gregor. S. *de Appell.* 2. *n.* 7. *&* 8. Cuiac. 18 *Obſ.* 37. Io. Wameſ. *ad C. 5. extra h. t. n.* 2. Beuſt. *ad L. 1. D. de iurei. n.* 87. Fallitur itaque Bodin. 3. *de Rep. 6. n.* 324. inveterato errore incongrue, ſic vocari ſentiens, nullum veterum fatalem diem fatalis tempore uſurpaſſe, ſed ſtatos dies, ſtaturum tempus. Errorem inde ortum eſſe, quod qui leges Codicis & Novellarum Latine verterint, pro [illegible], legerint [illegible]. Quem refellit & exagitat Cuiac. *d. Cap.* 38. Confer. Hering. *de Fideiuſſ. Cap.* 20. §. 10. *n.* 86. *& ſeqq.* Plane illud minus appoſitum videtur, quod P. Greg. *d. Cap.* 2. *n.* 9. *&* 10. fatales quoque cenſet dici poſſe, quia definiti a lege citra partium placitum, quod & fatum decretum ſignificet, ac quod præter voluntatem noſtram accidit.

20) Diſſ. Cuiac. 19. *Obſ.* 4. ſtatuens diem temporalem in *d. L. 2. & L. 32. §. 4. C. de app. L. 63. C. Th. eod. L. ult. C. Th. eod. L. ult. de reparat. appell.* eundem eſſe fatali. Quem laudat Io. Wameſ. *ad Cap. 5. extra hoc tit. num. 1.*

L. ult. verſ. *ſin autem*. In quinque menſibus quatuor tantum fatales dies fuerunt. Detracta enim reparatione dies unus fatalis ex ſuperioribus illis quinque detrahitur; ſic reſtant quatuor. Primi initium eſt poſt duos menſes: reliqui ſinguli per intervalla unius menſis ſive triginta dierum. Unde *d. Nov.* 82. *de iudicib.* §. *cæterum*. Atque hic primo fatalium dierum numerus fuit. Iuſtiniano poſtea placuit, ut pro uno die fatali decem obſervarentur, quibus liceret inducere appellationem: quatuor ante veterem fatalem, & quinque poſt eum ipſum diem. Idque propter varios caſus, quibus fit, ne unus dies facile poſſit obſcurari: hoc in *d. L. ult.* §. *& cum antea*, *C. de temp. app.*

XX. Cum hoc in temporibus ſupra definitis obſervandum eſt de diebus certis, quibus tantum appellatio induci poteſt: tum & illud cavendum, non per omnes eos dies appellationem iure ipſo induci poſſe: ſed eſſe interdum, cum oporteat id a Principe impetrari. Et ſciendum per quatuor primos fatales dies concedi iure poteſtatem inducendæ appellationis: ut non ſit neceſſe eum per eos dies poſtulari a Principe. Cæterum ſi appellator his exciderit, ſic expirat iure appellatio, ut niſi beneficio Principis reſtauretur, & ut leguntur conſtitutiones, niſi reparetur, non ſit amplius locus eius inducendæ. Et vero conceditur hæc [21] reparatio poſt tres poſtremos menſes eius anni, eorum novem menſium, quibus ſupra quinque fatales dies attribuimus: ex quibus poſtremus fatalis is eſt, quo reparatio petitur. Hæc, inquam, a Principe poſtulatur, & concedi ſolet. *d. L.* 2. §. *quod ſi contigerit*. *L. ult.* verſ *ſin autem*. *C. de temp. app.* Hæc tempora quæ ſupra ſcripta ſunt, ſi cui longiora eſſe videantur, & ſæpe non neceſſaria, ut dicat iniuriam fieri victori, ſi cogatur expectare, donec victus exacto demum anno introducat appellationem, quæ potuit multo ante facile induci. Hoc loco admonendi ſumus habere victorem in eo, quod ſibi gratuletur. Nempe enim & huic datum eſt, non minus quam victo, ut poſſet, ſi vellet introducere appellationem, & quidem præmature. Sane in conſultationibus hoc victori diſerte tributum eſt a Iuſtiniano *L. in offerendis*, verſ. *his videlicet*, *C. de app. L. ult.* §. *in his*, *C. de temp. app.* Cur autem ad cæteras appellationes transferri non debeat, non animadverto. Quid enim, an minus in aliis cauſſis intereſt victoris id licere, quam tunc, cum Princeps appellatur? puto tamen utrumque victori facere licere, ea conditione, quam in victo appellationem inducente ſupra poſuimus, cum nimirum victor in conſultationibus certiorem adverſarium faciat, cauſſam a ſe induci in cæteris appellationibus, dum cauſſam inducat uno aliquo ex iis diebus, quos fatales diximus, ne alioqui factum eius victo noceat, cui dies inductæ appellationis notus eſſe non potuit. Cuius rei argumentum, ut dixi habemus in *L.* 2. §. *quod ſi ita*, *C. de temp. app.*

21) De reparatione hac, item de reſtitutione in integrum contra lapſum fatalium, vid. Cuiac. 12. *Obſ.* 4. & *de Div. temp. præſcr. Cap.* 16. Mynſing. 5. *Obſ.* 98. Gail. 1. *Obſ.* 143. M. Anton. de Amatis *Decif.* 77. Anton. Fab. *Cod. ſuo de temp. appell. defin.* 15.

C A P. VIII.

De vi & effectu appellationis ad ſuum iudicem inductæ. Hac inducta appellatorem cauſſas appellationis reddere debere. In his reddendis quid allegare ad defenſionem poſſit. Et quibus uti probationibus. Cuius ſit reddere cauſſas appellationis: Et intra quæ tempora reddi poſſint.

Vis introducta appellationis ea: ut ſententia, a qua appellatum, ſi iniuſta, corrigatur; idque cum appellanti, tum & victori proficere. I.
Appellator cauſas appellationis debet reddere. II.
In iis reddendis poteſt novas inſtituere probationes. III.
Immo & neglectis probationibus inſtitutis alias allegare. IV.
Dominus agere poteſt cauſam appellationis procuratore abſente, & præſente etiam & invito. V.
Pupillus vero aut minor, poſtquam tutor aut curator appellavit, non poteſt; niſi uterque tutela abierit aut cura. VI.
Quin & uterque, aut illorum heres pupillo vel minore ceſſante perſequi cogitur huius cauſam & finita tutela & cura ante rationes redditas. IV.
Quiſque poteſt appellationem proſequi vel per ſe, aut per procuratorem: hic in quibus cauſis admittitur. VII.
Quæ appellationis a nominatione, aut a ſententia interponendæ tempora. IX. X.

I. DEinceps quid delata ad ſuum iudicem, & inducta appellatio valeat, conſideremus. Et hoc [1] efficit, eoque comparata eſt, ut initio dixi, ut reſcindatur ſententia, a qua appellatum eſt, & in melius reformetur. *L.* 1. *D. de app.* Et notandum eam ſemel introductam, non ſolum hoc beneficium victo afferre, qui appellavit, ſed etiam victori. Nam & huic, cum ſemel appellator in iudicium venerit, datum eſt, ut non minus & ipſe de ſententia poſſit queri. Si quid minus ſe ea ſententia conſecutum arbitratur. Quin hoc etiam adiicitur conſtitutione Iuſtiniani, quamvis victor abfuerit, tamen iudicem pro officio [2] partes victoris in eo implere debere. *L. ult.* in pr. *C. de app.* Sed hoc ita, ſi de ſorte queratur, non de ſumptibus duntaxat. Nam ſi ſententiam de ſorte agnoſcens queratur, tantum de ſumptibus, quod dicat, ſe iuſſum minus de his præcipere, quam oportuit: non licet aliis iudicibus de his conſulere victori, quam iudicibus iis, qui ex conſultatione, id eſt, ex appellatione ad Principem facta cognoſcunt. Hi autem de his ſine provocatione ſtatuent: quoniam de his liceat queri: appellationem autem interponere non permittitur. Hæc ſententia *L. ult. C. quan. prov. non eſt neceſſ.*

II. Enimvero hæc vis eſt appellationis, utique ſi ſententia, a qua provocatum eſt, iniuſta ſit, non etiam ſi iuſta. Nam iuſtam oportet ſententia ſuperioris iudicis confirmari. *L. eos*, in pr. *C. de app.* Hinc pendet, quid litigatores, & iudicem in cauſſa appellationis facere conveniat. Et quod ad litigatorem attinet, quoniam appellando de iniquitate ſententiæ queritur, huius officium eſt, ante omnia appellationis cauſſam exſequi, id eſt, docere, ſe [3] iuſte appellaſſe. *L. hi qui, C. de app.* quod nihil aliud eſt, quam red-

1) Vulgo ſtatuuntur duo præcipui effectus: Suſpenſivus & devolutivus, vid. P. Gregor. 6. *de Appell.* 11. *&* *ſeqq.*

2) De hoc & ut Appellatus poſſit adhærere appellationi adverſarii, utque ſententia in totum ſuſpendatur, & ad favorem appellati reformari poſſit, vid. Mynſ. 2. *Obſ.* 21. Gail. 1. *Obſ.* 199. *n.* 3. *&* 4. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol.* *h. t. Reſol.* 7. Ant. Fab. *C. ſuo h. t. defin.* 20. Boer. *Deciſ.* 73. *n.* 7. *&* 8. Confer Peguera *Deciſ.* 194. Sic quoque leuteranti deteriorem ſententiam dicere poteſt iudex, etſi Leuteratus id non petat, Modeſt. Piſt. *P.* 1. *Quæſt.* 22.

3) Vulgo iuſtificationem appellationis nuncupant, de qua fuſe Brederod. *h. Tr. Parte* 9. *Tit.* 33. Enimvero A. Fab. *Cod. ſuo h. t. defin.* 15. *& Tit. de indic. defin.* 90, apud ſuos iudicatum memorat, quod appellans cauſſas nullas reddendo, ſi profitetur, ſe velle rem cognoſci ex prioris inſtantiæ actis, obtineat, ſi ex iiſdem iniquitas prioris ſententiæ appareat, cum ſcripturæ gravaminum extra Proceſſum ſint, nec appellationem conſtituant. Quæ ſententia rationem habet. Attamen Gilman. *Lib.* 2. *Deciſ. Cam.* 49. *n.* 3. teſtatur, quod ni Appellans iuſtificet, quoad ſententiæ iniquitatem, ſuccumbat, etſi de ea vel gravamine conſtiterit. Et Gail. 1. *Obſ.* 128. *n.* 7. *&* 8. libellum appellationis nihil novi, ſed meram repetitionem priorum articulorum continentem reiici. Cæterum nec inter DD. vulgo ſatis convenit, anne appellanti de iniquitate an appellato de iuſtitia prioris ſententiæ edocere incumbat. Quod non deſunt, qui ſtatuunt, maxime ſi reus condemnatus appellavit. Quo de vid. Guid. Pap. *Deciſ.* 111. Cacheran. *Deciſ.* 13. P. Gregor. 6. *de Appell.* 13. Brederod. *h. Tr.* *Part.*

Digitized by Google

reddere cauſſas appellationis ſuæ. Unde hæc pro eodem uſurpari videmus: cauſſam appellationis agere, ſeu exſequi, & cauſſas appellationis reddere. *L. ult. §. ult. D. de app. L. 1. D. an per alium cauſ. ap. red. poſſ.* Eſt autem iuſta cauſſa appellationis quicquid eſt, quo demonſtratur iudicem inique, & contra ius iudicaſſe. Ut ſi orta de vi & poſſeſſione controverſia iudex de poſſeſſione prius pronunciarit, quam crimen violentiæ excuſſerit. *L. 1. C. de app.* & ſi qua ſunt alia, quæ ſunt infinita.

III. In his cauſſis reddendis quæritur, poſſit ne litigator quidquam allegare amplius ad defenſionem iuris ſui, quam priore iudicio fecerit, & an novis uti probationibus. Item, ſi cauſſas aliquas libello appellatorio ſit complexus, poſſitne his neglectis alias in agenda cauſſa reddere. Et de priore ita cautum eſt in *C. eos. §. 1. C.* de app. *Si quid in agendo negocio minus ſe allegaſſe litigator crediderit, quod in iudicio acto fuit omiſſum: apud eum, qui de appellatione cognoſcit*, perſequendi ius eſſe, licere & novas inſtituere probationes, ſi quid minus probatum exiſtimet: dum teſtibus, quos producet ſumptus ad litem præbeat. Hoc idem & victori tributum eſt conſtitutione Iuſtiniani. *L. 4. C. de temp. app.* Qua conſtitutione hoc edictum eſt ſuperioribus, ita licere utrique parti [4] novis aſſertionibus uti, vel exceptionibus: dum hæ ad novum capitulum non pertineant: ſed ex illis oriantur, & illis coniunctæ ſint, quæ apud anteriorem iudicem fuerunt propoſitæ.

IV. De illo altero, quod quæri diximus, ita ſcriptum legimus ab Ulpiano in *L. 3.* in fi. *D.* de app. *Quid ergo ſi cauſſam appellandi certam dixerit, qui appellavit? an liceat ei diſcedere ab hac, & aliam cauſſam allegare? an non quaſi forma quadam obſtrictus ſit? Puto tamen cum ſemel provocaverit eſſe ei facultatem in agendo, etiam* [5] *aliam cauſſam provocationis reddere perſequique provocationem ſuam, quibuſcumque modis potuerit.*

V. Sed in hac poteſtate duo cavenda ſunt. Intereſt enim primum, quis cauſſas reddat appellationis, quoniam non omnes ad cauſſam appellationis agendam admittuntur, etiamſi maxime eorum interſit. Deinde intra quæ tempora cauſſæ reddantur. Nam & hæc certa eſſe placuit: & eiuſmodi, quibus exactis ſententiæ priori ſtandum ſit. Et ſi de perſona agentis quæritur, poteſt qui appellavit idem & cauſſam appellationis agere, ſive ſuo nomine agat ſive alieno. *L. tutor, D. de app.* Sed ille ſemper ut in re ad ius ſuum pertinente: hic hactenus dum dominus litis iure non prohibebit, hic prohibet cum actionem cauſſæ, quatenus per leges licet, ſuſceperit. Neque enim duo domini eſſe poſſunt eiuſdem litis, non magis quam cæterarum rerum, ut ſub titulo de procuratoribus diſſeruimus. Quid hic domino litis liceat, videamus. Et certi iuris eſt, poſſe & hunc cauſſam exequi appellationis: quamvis huius procurator litigando appellationem interpoſuerit. *L. dominus, C. de appellationib.* Sed an ceſſante procuratore id facere poteſt, an & invito, & denique quoties viſum illi fuerit? Verba ſuperioris reſcripti de hac re conſulenda ſunt. Aiunt Imperatores: *Dominus litis cauſſam appellationis, quam procurator ſuus litigando interpoſuit, etiam abſente procuratore exequi poteſt.* Qui dicunt, *etiam abſente procuratore*, hoc includunt, non minus & præſente eo dominum litis cauſſam exequi poſſe. Et cum non diſtinguatur, utrum procurator cauſſam agere paratus ſit, an neget; ſuſpectus ſit, an non ſit:

Part. 2. Tit. 35. §. 1. Sed omnino id appellantis officii eſſe probat *d. L. 7. Cod. h. tit. cap. cum in eccleſia* 38. *extra eod. L. un. Si pend. appell. mors interven. &c.* Nam ſi reus priori ſententia inique condemnatus, actoris probationibus non convictus; non utique hoc neceſſe erit, ut in appellatione negativam probet, ſed oſtendat oportet ex prioris litis inſtrumentis illi probationem actoris ſufficientem non ineſſe

4) Novæ probationes non fiant ſuper alia re, quam antea vere in iudicium deducta, vid. Matthesilan. *Sing.* 240. Gilman. *Lib. 1. Decil. Cam.* 22. *n.* 8. *& ſeqq.* Et regula *Non deducta deducam, &c.* locum habet in concernentibus deciſionem negotii principalis, itaque purgari poſſunt omnes errores, qui cauſſas cauſſæ concernunt, Hieron. Bruckner. *in Corollar. 1. ad Deciſ. Maynardi n.* 10. Non autem ea ſic reparari poſſunt, ex quibus ad deciſionem cauſſæ nihil infertur, ut ſunt declinatoriæ & dilatoriæ iudicii exceptiones, Magon. *Deciſ. Florent.* 98. *n.* 11. (ubi eiuſdem naturæ eſſe vult, cautionem pro relevando ſequeſtro) Sich. *ad L. 13. C. de Proc. n.* 13. quia, ait, appellatio ponit rem in eundem ſtatum, quo erat poſt litem conteſtatam. Iam vero in priori inſtantia non licuit obiicere poſt iudicium acceptum exceptiones dilatorias, ſed peremptorias ſolum. Ergo nec hic aliæ audiuntur. Confer. *not. ſupra Lib.* 22. *Cap.* 9. *N.* 26 Teſtes quoque novos ſuper iiſdem vel directo contrariis articulis producere vetitum, *Nov. Elect. Sax.* 21. *Part.* 1. Quod & iure Canonico cautum, ob eundem ſubornationis metum *Clem. ult. de teſtibus*, & num iuri civili conſonum ſit, diſceptatur. Ac Mynſ. 1. *Obſ.* 41. etſi contra in Camera receptum ſit, aliam tamen & quod ius Civile Canonico in eo conveniat, veriorem receptioremque cenſet. Verum & in hoc ipſo quoque adverſatur Rainal. Corſ. 2. *Indag.* 6.

5) Et ſi plura gravamina propoſuit, ſufficit alterum probare, per *L. 13. §. 1. h. t. Cap. ſignificavit.* 48. *extra eod.* modo tendant ad eundem effectum, ſecus ſi ad diverſos, ex Maſuero & Guidone Papa Brederodus *h. Tr. P. 2. T. 35. §. ſi plura gravamina.*

ſit: ſatis argumenti eſt, domino quoties ei viſum erit, cauſæ ſuæ actionem permittendam eſſe, vel invito procuratore. Sed & in *L. ult. D. an per alium cauſ. app. red poſſ* generaliter ita ſcriptum eſt: *magis tamen obſervatur, ut audiri debeat in cauſſis appellationis is, cuius abſentis procurator appellavit*. Non memoro, quod in *d. L. ult.* Macer quæſtionem ita poſuerat; *an ceſſante procuratore dominus litis reſpondere poſſit, exemplo adoleſcentis videamus*. Nam cum reſponſio certa ſit, & generalis, non quid proponat, ſed quid reſpondeat, ſpectare debemus; alioqui dicendum erit, ſi procurator non ceſſet, non poſſe dominum litis mandatum revocare, & cauſſas appellationis reddere, quod tamen adoleſcenti conceditur finita curatoris adminiſtratione.

VI. Hic nobis excipiendi ſunt pupilli, & adulti, quorum tutor aut curator in negocio eorum appellavit. Non enim hi poſſunt cauſſam appellationis perſequi, niſi hac lege ſi is qui appellavit tutor aut curator eſſe deſierit: ut ſi interim adoleverit pupillus, aut adultus ad legitimam ætatem pervenerit. *L. ult. §. ult. D. de app.* Fortaſſis ideo, quia quandiu ſuperſunt, qui primi experti ſunt, non ſunt invito adverſario alii admittendi, qui idonee cauſſam tueri non poſſunt, ut ſignificatur in *d. L. ult.*

VII. Ceſſante autem minore cauſſam ad ſe pertinentem exequi non tantum poteſt tutor, aut curator, quamvis finita tutela aut cura, cauſſam a ſe ereptam agere: ſed etiam cogitur, alioqui eorum periculum eſt. Uſque eo tamen, donec rationes reddiderint. Nam poſt redditas rationes, cauſſas appellationis non coguntur reddere. Non hæc tantum tutoris & curatoris conditio eſt: ſed etiam his mortuis heres in periculum medii temporis ſuccedit. *L. tutor, D. de app. L. unica, §. ult. D. ſi penden. ap. mors interv. L. ult. D. ſi tut. vel cur. vel mag. L. un. C. ut cau. poſt pub. adſ. tut.*

VIII. Quibus autem cauſſas appellationis reddere, & litem exequi permittitur, licet his reddere & per ſe, & per [6] procuratorem. *L. Lucius, D. de app.* Sed per procuratorem in his cauſſis in quibus ab initio per procuratorem agere liceret. *L. 1. D. an per al. cau. ap. red. poſſ.* Sunt ex his qui non tantum poſſint cauſſam appellationis cœptam perſequi, ſed etiam cogantur. Sed de hoc tunc agendum mihi videtur, cum quæritur, an quis litem appellationis omittendo pœnam temere appellantibus inductam poſſit evitare. De quo poſtea.

IX. Cauſſæ appellationis intra tempus præfinitum repræſentari debent, alioquin magiſtratus, ad quem appellatum eſt rem iudicatam [7] exſequitur. *L. ſi contra, C. de app.* Ut intelligamus nullum locum appellationis relinqui ei, qui intra [8] tempus legitimum cauſſas non reddiderit. Fuit hoc tempus duorum menſium, tum, cum a munere delato appellatur: quos placuit adverſus præſentem computari ſtatim: adverſus abſentem tunc, cum primum cognovit nominationem contra ſe celebratam. Sic enim accepta eſt *L. 1. C. de temp. app.* tametſi verba legis ita ſunt, ut dicat ſpacium interponendæ appellationis computandum eſſe ex eo die, quem modo diximus. Quæ verba non de interpoſita exercenda, ſed de interponenda ea quæ nondum interpoſita eſt, accipienda eſſe videntur. Sed cum conſtet ex *L. 1. §. quod in ſententiis, D. quan. app. ſit.* intra eoſdem dies appellari debere a nominatione muneris, intra quos appellandum eſt a ſententia, eo decurſum eſt, ut exiſtimetur in *d. L. 1.* duos menſes non ad interponendam appellationem referri, ſed ad exercendam, qui tamen computan-

6) Vid. *Cap. ſæpe contingit* 44. *Cap. interpoſita* 70. §. 1. *extra h. t.* Requiritur autem reſponſalis idoneus ut vocat *d. C.* 44. ſcilicet cui aut tota cauſſa agenda aut defendenda commiſſa aut ſpecialiter appellationis proſecutio & iuſtificatio. Quod ſi non recepta appellatio a iudice nec ab adverſario approbata, eum ad impetrandum ſcilicet reſcriptum & contradicendum iis, qui contra nitentur, conſtitutum eſſe ſufficit *d. C.* 70. §. 1. *&c.*

7) Immo ſi lapſu fatalium deſerta appellatio vel iudex ſuperior deſertam pronunciavit, exſecutio eſt prioris iudicis, ad quem iuriſdictio revertitur, & qua iudex appellationis ob deſertionem caret, per *L. ult* §. 4. *C. de temp. app.* verbis: *Sententiam ad effectum perduci tanquam ſi ab initio minime fuerit provocatum*, & arg. *Cap. cum. in eccleſia.* 38 *extra h. t. Clem. pen. eod.* Gail. 1. *Obſ.* 113 *n.* 14. *&* *Obſ.* 137. *n.* 3. Mynſ. 4. *Obſ.* 94. Wurmſ. *T.* 13. *Obſ.* 3. *n.* 2. Brederod. *h. Tr. P.* 2. *T.* 41. *f.* 683. Certe *d. L.* 8. Donelli opinionem non probat. Neque enim inde apparet, an rector, de quo ibi, appellatus fuerit, an alius ab illo. Atque hic iudex ſuperior nec ex conſenſu partium de cauſſa principali iudicare poteſt; niſi ſi iniquitas appellationis conſtet ex litis inſtrumentis, ubi ſententia prior confirmari poteſt. Quod proderit appellato ad hoc, ne deſertor reſtitutionem adverſus lapſum fatalium impetrare poſſit, Gail. *d. Obſ.* 137. *n.* 1. *&* 2. In Curia provocationum Elect. Sax. appellationem deſertam pronunciari oportet, & cauſſam ad iudicem a quo remitti, quam is non prius exſequitur, quam ubi ea ſententia in iudicatum tranſiit, Moll. 4. *Semeſtr.* 32. *n.* 5.

8) De fatalibus proſequendæ & finiendæ appellationis, vid. Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 228. *& ſeqq.* P. Gregor. 6. *de App.* 10. Menoch. *Arbitr. Cap.* 446 Mynſ. 1. *Obſ.* 31. 5. *Obſ.* 57. *&* 6. *Obſ.* 22. Gail. 1. *Obſ.* 141. Quintilian. Mandoſ. *in Caſib. annalib. n.* 134. Veſtr. *Lib.* 3. *Pract. Cap.* 5. ibique Gravat. Iure Saxonico habentur præter annum ſex hebdomadæ & tres dies, *Lib.* 1. *Art.* 38. Coler. *Deciſ.* 140. *n.* 4. Verum in iudicio appellationum Elect. Sax. appellatio introducta proximis ſeſſionum diebus, qui ſemeſtri lapſo recurrunt, peragenda appellanti, ni legitime ſe impeditum doceat, alias deſerta iudicatur, Moller. 4. *Semeſtr.* 32. *n.* 3.

putandi ſunt ex die interponendæ appellationis quemadmodum & illi dies, intra quos appellari debet. *L. 1. §. ult. D. quan. app. ſit.*

X. Aliud iuris eſt, cum a ſententia provocatur. Huius generis appellationibus exercendis Iuſtinianus annum præſtituit ita, ut hoc exacto perinde rata ſit prior ſententia, quaſi provocatum non eſſet. Niſi tamen appellator doceat per ſe factum non eſſe, quo minus cauſſam perageret: ſed aut iudicis iniuria, aut alia inevitabili cauſſa eſſe prohibitum. Quo probato iuſſit [9] alterum annum accedere. Biennio vero tranſacto, vetuit amplius appellatorem audiri, ne ſi per iudicem quidem ſteterit, quo minus cauſſam exſequeretur; *cum* inquit, *ſit ei apertiſſima facultas, & noſtram adire maieſtatem, &* [10] *tarditatem iudicis in querelam deducere, & noſtro beneficio perpotiri:* hoc in *L. ult. §. illud, C. de temp. app.* de qua conſtitutione idem multis agit in *Nov. 50. de his qui ingre. ad app.* in prima parte eius conſtitutionis. Eandemque illam in extremo eius partis nominatim confirmat. Sed quoniam videtur velle ea conſtitutione aliquid in iure ſuperiore innovare, quidnam illud ſit, quod agit, dicendum videtur. Et animadverto eſſe, quod ſuperiori legi adiiciat, non quo illi quidquam deroget. Nam ſi vellet victor appellatore ceſſante obtinere, ut ſententia confirmaretur etiam biennio nondum exacto, poteſtatem fecit [11] id poſtulandi a iudice appellationis: ſed ſub finem biennii tunc cum unus adhuc menſis ex biennio ſupereſt. Quo poſtulato, ſi etiam victor appellatorem perquiſiverit, iuſſit iudicem cognoſcere, & iudicare, ſive appellator inventus erit, & copiam ſui faciat, ſive neutrum. Sed pro hoc commodo, illud incommodum victoris eſſe voluit, quod non patitur ſecundum victorem ſemper ſententiam ferri, ut illi prior ſententia confirmetur, quod utique ſemper fieret, ſi ille biennium exire pateretur. Sed hac conditione ſi ex his quæ acta ſunt, compererit victorem iure ſuperiorem eſſe. Sin contra iubet pro appellatore, quamvis abſente ferri ſententiam. Hactenus tamen, utroque caſu ſemper abſens in ſumptus litis condemnetur: hinc ſumpta *Auth. ei qui, C. de temp. app.* Idem & poſt biennium agendi poteſtatem fecit duabus in cauſſis. Una eſt, cum appellationis cauſſa [12] agitur in conſiſtorio Principis. Et per procerum ordinem factum eſt, quo minus intra biennium ſententia ferretur. Iniquum enim putavit propter occupationes, ut loquitur, quas circa miniſteria Principis habere noſcuntur, cauſſas hominum deperire. Hoc in *L. ult. §. ſi tamen, C. de temp. app.* Altera cauſſa eſt, cum lite appellationis cœpta alioqui arbitri eliguntur a litigatoribus, & cum interim hi cognoſcunt, biennium exiit. Hic ſi forte poſtea cauſſa redeat ad iudicem appellationis, iuſſit, nihil obeſſe id tempus quo res arbitrorum cognitioni ſubiecta fuit. Sed hoc neglecto integrum legitimum tempus appellatori ſervari; etiamſi decies millies biennium præteriiſſet [13]. Hoc in *Nov. 93. de. app.* Unde *Auth. ſi tamen, C. de temp. app.* Quod cauſſis tribuit Iuſtinianus, hoc perſonæ tributum eſt a Conſtantino. Hic enim [14] heredibus appellatoris in univerſum conſuluit ita, ut his præter legitimum tempus, quod reſtabat vivo, indulgeret quatuor menſes

inde

9) Vid. Gilman, 2. *Deciſ. Cam.* 42. *n.* 39. *& ſeq.* ubi quæ requirantur, ut detur annus ſecundus, Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 231. *& ſeq.* ubi contra DD. vulgo ſatis adſtruit, non ſimpliciter dari biennium, ſed exiſtente cauſſa impedimenti. Atque hic proteſtari de diligentia oportet, alias negligentia in iudice non præſumeretur, Gravat, *ad Veſtr. Lib.* 3. *Cap.* 5. Nec unica proteſtatio ſatis, ſed aliquoties repetenda, Gail, 1. *Obſ.* 141. *n.* 9. Quod tamen in curia Procurationum Electorali neceſſarium non eſſe, monet Moll. *d. Cap.* 32. *n.* 4.

10) Quod hodie non ſervatur. Raro quippe in locis, qui iure communi reguntur, appellationes biennio terminantur, (etſi apud nos pleræque citius) Gail. *d. loc. n.* 8. Et in Curia Romana quoque poſt biennium prorogationem fatalium peti licere bis, & ter quoties iudici videtur, Veſtr. *Lib.* 3. *Pract. aula Rom. Cap.* 5. Iudici vero a quo idem non licet, vid. *not. cap. praced. N.* 11.

11) Quod declarantem vide Gail. 1. *Obſ.* 122. *n.* 3. *&* 4. Trentacinq. 2. *Pract. Reſol. h. t. Reſol.* 7. *n.* 8. *& ſeqq.* Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 244. ibique Ioan. Ruland. *in addit.*

12) *Cap. anteriorum* 28. §. *ad hac Cap.* 2. *Quaſt.* 6. Hinc fatalia proſequendæ non currunt in Camera, vid. Gail. 1. *Obſ.* 131. *n.* 7. etſi ſi eadem coram inferioribus antea non ſervata appellatio ceu deſerta non recipitur *ibid. num.* 8.

13) Vid. Matthesil, *in d. Auth. ſi tamen & Sing.* 24. Cuiac. *in d. Nov.* 39. Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſ.* 2. Maranta *P.* 6. *h. tit. n.* 242. Anton. Gabr. Rom. *Com. Concluſ. Lib.* 2. *Tit. de Arbitr. Concl.* 4. Veſt, *Lib.* 7. *Pract. Cap. ult. n.* 17. & ibi Gravat. *n.* 41. quid aliud ſtatuit, ſi in arbitratores compromiſſum. Num autem alias conventione partium fatalia hæc extendi poſſint, anceps contentio eſt. Receptior vero eſt affirmativa quæ & in Camera recepta dicitur, Gail, 1. *Obſ.* 141. *n.* 6. (etſi in illo obloquatur Gravat. *ad Veſtr.* 7. *Pract. ult. n.* 42.) Pro qua facit *Clem. quandiu h. t.* Eamque pluribus firmant Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 236. *& ſeqq.* Aſin *Praxi iud.* §. 2. *Cap.* 9. add. Corſet. *Sing.* 9. *n.* 1. Matthesilan. *ad d. Auth ſi tamen C. de temp. appell. n.* 10. *& ſeqq.* Teſſaur. *Deciſ.* 244. Trentac. 2. *Pract. Reſol. h. t. Reſol.* 10. *n.* 14. Et ſane ea aperte confirmata eſt *Conſt. Frider. de pace conſtantia.* § *in cauſſis appellationum.* Quin in Curia appellationum Elect. Saxon. etiam tacite hæc fieri poteſt prorogatio, neutro videlicet comparente, aut appellato de deſertione non conquerente, Moll. 4. *Semeſtr.* 32. *n.* 5. Plane quin coarctare partes poſſint, minus dubitandum, quia hæc contractio publico favori convenit, ut lites citius dirimantur, Aſin. *d.* §. 2. *Cap.* 10.

14) Vid. Mathesilan. *ad d. t.* C. P. Greg. 8. *de App.* 4. *n.* 8. *& ſeqq.* Quod pauperi fatalia non currant, Vaſq. 1. *Ill. Contr.* 41. *n.* 2. *& ſeqq.* Veſtr. *Lib.* 7. *Pract. Cap. ult. n.* 20. Gail, 1. *Obſ.* 146.

Digitized by Google

inde numerandos, ex quo tempus ad deliberandum conceſſum præterierit. Lex eſt *ultima*, *C. ſi penden. app. mors interv.*

C A P. IX.

Quod ſit officium iudicis in cauſſa appellationis, & quæ ſint huic iudicio cum priore communia, quæ huius propria.

De iudicis officio communia quædam priori iudicio, quædam appellationis propria. I.

Communia *quinque*. 1. *Ut litigantes patienter audiat intra tempora appellationis.* II.

2. *Ut integra omnia & illæſa pendente appellatione ſervet & tueatur: quæ hæc ſint.* III.

3. *Ut redditas appellationis cauſſas cognoſcat, & ſententiam proferat; vel iis minime redditis rem iudicatam confirmet, atque exequatur.* IV.

4. *Ut iuſtam eſſe pronuntiet, vel iniuſtam prioris iudicis ſententiam (hanc æſtimari ex eo tempore quo lata fuit).* V.

Item ut fructuum, & litis ſumptuum nomine victum condemnet, ſeu in id quod intereſt, cum agitur de facto. VI.

5. *Ut ſententiam ipſe ſuam, ſi ab ea provocatum non fuerit, exequatur etiam in criminibus.* VII.

Propria. 1. *Ut & pendente appellatione innovetur aliquid interdum, in pœna, & quatenus.* VIII.

Item in ſequeſtratione, duobus in caſibus. IX.

Quid in ceteris rebus, & adverſus alios præter appellantem innovetur. X.

2. *Ut in appellationis iudicio poſſit magiſtratus ſuperior cauſſam alteri delegare, & etiam uno ex litigatoribus agente ferre ſententiam.* XI.

3. *Ut imponere pœnam teneatur iniuſto appellatori.* XII.

Niſi in tempore renunciaverit appellationi, aut tranſegerit. XIII.

Quid ſi, eo interim decedente, renunciavit heres, aut proſecutus fuit appellationem. XIV.

4. *Ut, ſi pendente appellatione reus deceſſerit, crimen extinguatur: ſed bonorum quæſtio ſuperſit.* XV.

I. NUnc de officio iudicis id eſt, quid eum litigatoribus in hac cauſſa propter appellationem præſtare oporteat, videamus. Et ſunt pleraque in hoc genere cum iis, quæ in primo iudicio præſtanda eſſe diximus, communia, ut de his monere tantum ſufficiat. Quædam propria huius iudicii quæ ideo præcipue animadvertenda videantur.

II. Illa communia. Primum quia hic, de quo diximus, iudex eſt, eumque cauſſas appellationis cognoſcere oportet: ideo eius officium eſt, ut litigatores cauſſam agentes patienter audiat intra tempora conſtituta.

III. Proximum eſt, ut quoniam dum cauſſa agitur, in ſuſpenſo eſt, an quod ante iudicatum eſt, valeat nec ne: Idcirco interim perinde habeatur quaſi nec iudicatum eſſet. Hac de cauſſa pendente appellatione nihil innovetur, ſed omnia appellatori [1] ſerventur integra in id tempus cum de re pronunciatum fuerit. *L. unica*, *D. nihil innov. app. interp. L. 3. C. de app.* Quod ius non ſolum ad bona ſed etiam ad ſtatum perſonæ, & quicquid eſt, quod legibus cuiquam tribuitur, pertinet, ſcilicet, ut appellatione pendente, neque ſequeſtrationem rei poſſeſſæ,

1) *Nov. 134. Cap. 3. in fin.* Et ita Frider. II. *Imp.* apud Petr. de Vineis *Lib. 5. Epiſt. 46. in fin. & Epiſtol. 81. 84. 89. &c.* quod attentatum ſit, in irritum revocari, & in ſtatum priſtinum reduci iubet *Cap. bonæ. 51. extr. h. t. & ſimil.* Unde vulgatiſſimum illud: Attentata ante omnia revocanda: vid. citatos *infra h. Cap. N. 9.* Ex appellatione manus clauditur inferiori ac facultas ulterior conſtringitur, Damhud. *Praxi civ. 242. n. 2.* & DD. paſſim. Uti & intra decendium datum appellationi, Corſer. *Sing. 7. n. 1.* Etſi iuſtæ appellationi non deferens exſequi velit, ei de facto reſiſti poteſt, Coraſ. *de Iur. arte P. 2. Cap. 8.* Sed & appellans pendente appellatione ſi quid innovet, deſerere appellationem ac ei renunciaſſe cenſetur, maxime ſi adverſarium poſſeſſione ſua ſpoliet *Cap. an ſit. 42. h. t.* tum quia actus is contrarius litis pendentiæ, tum quia iudicem contemnens iuris auxilio indignus, vid. Gail. *1. Obſ. 146. n. 12. & ſeqq.* Mynſ. *2. Obſ. 50.* Menoch. *Arb. Caſu 16. n. 2.* Lanc. *de Attent. P. 2. Cap. 4 Limit. 2. n. 95. & Part. 3. Cap. 31. n. 252.* P. Greg. *7. de App. 3. n. 4. & 5. & Lib. 8. Cap. 4. n. 10.* Quod tamen temperant nonnulli, Cothman. *Iur. Reſp. 96. n. 87.* Plane innovare non dicitur, qui poſſeſſionem ſuam continuat, Menoch. *Recup. poſſ. Remed. ult. n. 40.* P. Æmil. *Deciſ. Rotæ. 51. Parte 1.* Ant. Fab. *C. ſuo Lib. 1. T. 10. definit. 1.*

feſſæ, neque eius reſtitutionem, neque vincula, neque ordinis aut famæ iacturam, neque omnino ullam pœnam pati debeat is, qui appellavit, qui quid eorum ante condemnationem pati non deberet, ſed ſint ei omnia in eodem ſtatu. Cuius rei exempla extant in *d. L. unica*.

IV. Tertium eſt in officio iudicis, ut ſi cauſſæ appellationis intra tempora conſtituta redditæ fuerint, [2] eas ille cognoſcat: In his merita cauſſæ conſideret: ſic deinde ſententiam proferat. *L. eos, §. ſuper, C. de app.* Si redditæ non fuerint, non minus & hic ſententiam ferat, ac rem iudicatam confirmet, quam deinde [3] exequatur. *d. L. eos. arg. L. ſi contra, C. eod.* Et quemadmodum primus iudex iudicare ipſe cogitur: ita de iis, qui de appellatione cognoſcunt, conſtitutum eſt, ut omnem cauſſam propria ſententia determinent, non [4] ad ſuum iudicem negocium remittant. *d. L. eos*, in princ.

V. Quartum poſitum eſt in ſententia, quæ & ipſa ferri debet de eo, quod poſitum eſt. Hoc autem agitur appellatione, ut declaret iudex ſententiam prioris iudicii iniuſtam eſſe, aut iuſtam. Quapropter & hoc ipſum [5] pronunciare iubetur. *d. L. eos* in princ. Quo loco exiſtit dubitatio ſi forte ius ſecundum quod, aut contra quod prior ſententia lata erat, mutatum ſit poſtea, ut nunc quidem diverſum ſit, cum res ex appellatione iudicatur: Utrum iuſta vel iniuſta ſententia pronuncianda ſit ex eo iure quod nunc eſt, an ex eo, quod priore iudicio valuit. Et de hac re nominatim conſtitutum eſt a Iuſtiniano *Novell. 115. ut cum de appell.* in princ. Videri æquum, ut ſecundum eas leges appellationis cauſſa examinaretur, & finem acciperet, [6] quæ tempore prolatæ ante ſententiæ obtinuerunt. Et recte, non enim quæritur, qualis eſſet ea ſententia ſi nunc ferretur: ſed qualis tunc fuerit, cum lata eſt. Quod ſane ex eo iure, quod tunc fuit æſtimandum eſt.

VI. Quod autem dicitur de priore ſententia, ita pronunciatum eſſe, iuſtam hanc eſſe, aut iniuſtam, non eo pertinet, quaſi non ultra progredi iudex debeat. Sed quemadmodum in priore iudicio: ſic in hoc & victus de fructibus, qui percipi potuerunt, uſque ad tempus rei iudicatæ, itemque in ſumptus litis [7] condemnandus eſt. Nec minus cum de facto agitur, condemnatio facienda eſt in id, quod intereſt: id eſt, in æſtimationem damni, quod adverſarius paſſus eſt ob id, quod factum non eſt, quod fieri debuit. Ex quo eſt illud, quod de his, qui honore, aut munere ſibi delato appellarunt, conſtitutum eſt, ut is, qui non iuſte appellavit, damnum agnoſcat, ſi quod Reſpublica paſſa ſit. *L. Imperatores, §. ſi magiſtratus, D. de app. L. 1. D. ſi tutor vel cur. vel magiſt.* Hoc enim eo fit, quia qui

2) Quid ſi ſententia prior plura capita continuit, ac a quibuſdam appellatum, nunquid tota cauſſa ſuſpenſa & ad ſuperiorem devoluta, an vero pro parte ea, qua non appellatum eſt, inferior exſequi poteſt Variant noſtri Quidam indiſtincte totam iuriſdictionem ſuſpendi æque ac ſi ab omnibus articulis, etſi articulus is, a quo appellatum, cum reliquis nihil commune habeat, Damhuder *Praxi civ. C.* 242. *n.* 2. Alii diſtinguunt an capitula ſententiæ connexa ſint, an ſeparata. Boer. *Deciſ.* 73. Trentacinq 2. *Pract. Reſol. h. t. Reſol.* 7. *n.* 13. *& ſeqq.* Ant. Fab. *C. ſuo h. t. defin.* 2. *n.* 6. add. Zobel. *P* 1. *Diff.* 41. *n.* 3. qui eam opinionem, quod pro parte ſuſpendatur, uſu ſervari ſcribit. Confer. Petr. Heig. *P.* 2. *Q.* 21. Vinc. de Franch. *Deciſ.* 467.

3) Nec in hoc DD. omnino conveniunt. Receptior tamen eſt, quod ſuperior exſequatur, etſi confirmet priorem ſententiam, modo expreſſe, cauſſæ meritis excuſſis (non ſi propter deſertionem, aut lapſum fatalium, vid. *not. C. praeced. N.* 7.) Mynſing. 4. *Obſ.* 94. *&* 5. *Obſ.* 94. Coler. *de Proceſſ. exſec. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 97. Brederod. *L. Tr. P.* 2. *Tit.* 41. *fol.* 686. Diſſ. P. Greg. 8. *de Appell.* 5. *n.* 4. Cuiac. 20. *Obſ.* 36. Quos etſi non ſatis revincat *d. L.* 6. *pr.* cum per recurſum ibi remiſſio cognitionis cauſſa, non autem exſecutionis intelligi poſſit, nec *L.* 32. *§.* 2. *C. hoc tit.* quæ de iudicato accipi poteſt, quo prior ſententia iniuſta pronunciatur, Cuiac. *d. loc.* Satis tamen refellit *Auth. ſi quis litigantium. C. de Epiſc. & Cler.* verbis: *Per ſententiam ſuam confirmet & exſecutioni propria tradat*, &c. Sane ſi ab interlocutoria male appellatum pronuncietur: ad priorem iudicem, cuius officium, nec dum finitum eſt, recurritur, *Cap. cum in Eccleſia.* 38. *Cap. ut debitum.* 59. *extr. h. t.* Mynſing. 4. *Obſ.* 94. Gail. 1. *Obſ.* 131. *n.* 2. *&* 2. *ſeqq.* ubi tamen ſi inferior detulerit appellationi, cum eo ipſo iuriſdictionem omnem a ſe abdicaverit, non teneri ſuperiorem cauſſam remittere, ſed poſſe, ſi velit, idque expreſſe tunc fieri debere docet, add. Wurmſer. *Tit.* 24. *Obſerv.* 27.

4) Quin etſi ab interlocutoria appellatum, ſi male iudicatum pronunciatur, tota cauſſa ad ſuperiorem devolvitur, *d. Cap.* 59 *h. t.* Gail, *d. Obſ.* 131. Notabiliſque eo caſu cautela pro appellato traditur, ut renuncians articulo appellationis in cauſſa principali cognoſci petat, quod appellans impedire non poterit, tum quod ipſe iuriſdictionem inferioris appellando declinaverit, tum quod ſi appellatio eius iuſta pronunciaretur, cauſſa tota ad iudicem appellationis non minus devolveretur, Gail. 1. *Obſ.* 136. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10. *n* 32.

5) Nil vero refert, an verba dirigat ad appellationis, an ad ſententiæ actum. Perinde eſt, ſive dicat bene vel male appellatum, ſive bene, vel male iudicatum, ſive hæc, ut ſtilus fere eſt, coniungat, ſive neutrum dicendo condemnet, aut abſolvat, vid. Hartm. *Tit.* 18. *Obſ.* 6. Wurmſer *Tit.* 24 *Obſ.* 28. Tametſi olim plerumque ita pronunciari conſueviſſe, iuſtam iniuſtamve appellationem videri, probat Cuiac. 4. *Obſ* 18, uti & reiicienda formula hæc tempore Conſtantini: A te bene iudicata temere appellaſſi furoris audacia.

6) Petr. Gregor 8. *de Appell. ult. n.* 10. Sicuti quoque ſententia ferenda. Statuta & conſuetudines loci, ubi primo cauſſa tractata, Guid. Pap *Deciſ.* 237. n. 1. Heig. *P.* 1. *Q.* 4 *n.* 40. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 1. *n.* 27. Diſſentit quodammodo Zoan. *Rer. Quotid. Cap.* 21 *n.* 3. Euſdemque naturæ eſt cauſſa appellationis, cuius cauſſa principalis, ut ſi illa ſummaria, & hæc. Vinc. de Franch. *Deciſ.* 510.

7) Indiſtincte, ſi appellans victus *Cap. fin.* 5. *de dol. & contum.* Gail 1. *Obſ.* 152. *n.* 4. vid. tamen Petr. Gregor. 8. *de Appel.* 5. *n.* 8. Sed ſi appellatus, tunc ubi ex veteribus actis lata ſententia, ut *not. ſupra Lib.* 26. *Cap.* 3. *N.* 8. *cir. med.*

qui ad munus vocatus erat, rem gerere debuit, quod non fecit, qui munus detrectans appellavit.

VII. Reliquum eſt in iudicis officio, ut quamcunque ſententiam dixit, a qua provocatum non eſt, is rem iudicatam etiam [8] in criminibus exſequatur. *L. ſi contra L. addictos.* in fi. *C. de app.* In quibus omnibus eaſdem partes officii priores iudicis, eundemque ordinem rei quærendæ animadvertere poſſumus.

VIII. Sed ſunt quædam ut dixi, appellationis propria. Primum, quod dixi appellatione pendente nihil innovandum, eiuſmodi eſt, ut non ſit perpetuum. Et quidem [9] in pœna & ſequeſtratione bonorum interdum ſecus ſe habet. In pœna ſic accidit. *Si quis enim ex pluribus facinoribus condemnatus propter quædam appellavit: propter quædam non:* Extat Ulpiani diſtinctio in *L. un.* in fi. *D. nihil innov. ap. inter.* in hæc verba, *ut ſi quidem graviora ſunt crimina, propter quæ appellatio interpoſita eſt: levius autem id, propter quod quis non appellaverit, recipienda ſit omnino appellatio, & pœna differenda. Si vero graviorem ſententiam meruit ex ea ſpecie, ex qua non eſt appellatum:* id eſt, ſi in ea ſpecie qua pravius crimen verſatur, unde eſt gravior ſententia, appellatum non eſt: *omnino*, inquit, *pœna impenenda eſt*. Cuius diſtinctionis fortaſſis illa ratio eſt, quod una pœna impoſita periculum eſt, ne tantum de facultate ſequentis pœnæ ferendæ detrahatur, ex quo etiam ſequenti cauſſæ præiudicium fieri videtur. Scimus autem per minorem cauſſam maiori præiudicium fieri non debere. Quod non in contrarium valet. *L. per minorem. D. de iudic.* Ita minor pœna ſemper differenda eſt: maior omnino imponenda.

IX. Sequeſtratio autem pendente appellatione duabus in cauſſis uſurpatur. Primum tunc, cum non a ſententia, ſed ab executione ſententiæ appellatur: quibus in cauſſis id licet facere. Hic enim cautum eſt, conſtitutione Valentis; *ut ſi res mobilis eſt, ad quem reſtituendam executoris opera fuerit indulta, appellatione ſuſcepta poſſeſſori res eadem detrahatur, & ſequeſtri idoneo collocetur reddenda ei parti, pro qua ſuper cognitor iudicaverit. Quod ſi de poſſeſſione vel de fundis exſecutio ceſſaverit, fructus omnes qui tempore interpoſitæ provocationis capti, vel poſtea nati erunt in depoſito collocentur iure fundi, penes eum, qui appellaverit, conſtituto*, verba ſunt legis: *ab executione, L. quor. app. non recip.* Sed & tunc, cum appellatum eſt a ſententia, viſum eſt æquum eſſe fructus agri, de quo diſceptatio eſt, apud ſequeſtrem deponi, ſi poſſeſſor doceatur eos populari; ita cavetur in *L. Imperatores, §. ult. D. de app.*

X. Præterea etſi cæteris in rebus nihil innovatur adverſus eum, qui appellavit, eſt tamen interdum, quod propter appellationem interpoſitam innovetur adverſus alios. Quod fit in eo genere appellationis, cum ab honore delato appellatum eſt. Conſtitutum eſt enim ſi magiſtratus creatus appellaverit, interim collegam eius utriuſque officium ſuſtinere debere, credo, quod in ea re nihil magni oneris imponatur ei, qui utriuſque perſonam ſuſtinebit. Honos enim amplior defertur, non munus imponitur. Itaque non idem ſervatur, cum tutor aut curator a munere delato appellavit: Sed placuit in locum eius, qui appellavit, alium eſſe dandum, quoad uſque appellatio pendeat. Hæc in *d. L. Imperatores, §. ſi magiſtratus*, & ſeq. *D. de app.*

XI. In poteſtate ſententiæ dicendæ duo hic ſingularia. Unum, quod non ſemper cogitur iudex ſententiam dicere. Permittitur enim ſuperioribus magiſtratibus, ut præfecto prætorio cauſſam iudicio Rectoris provinciæ [10] delegare, ſive mediocritas negocii, vel longinquitas regionis ad iudicium ſupremi magiſtratus litigatores ſine evidenti incommodo venire non patiatur. *L. cum poſt C. de app.* Alterum

8) *L.* 32. §. 2. *Cod. eod.* Quod expeditum apud omnes, cum ſententia prior infirmatur. Cuiac. 20. *Obſ.* 36. Colet. *de Proceſſ. P.* 2 *Cap.* 1. *n.* 98. non æque quando confirmatur, ut *nos h. C. N.* 3.

9) Longe plures a DD proferuntur. Nam Lanc. Conrad. *de Off. prat. in cauſſ. civil v appellatio n.* 20. *& ſeqq.* caſus 23 exceptos refert: & limitationes 54 ſtatuit Rob. Lancellot. *de Attent. P.* 2 *Cap* 12. qui de his fuſe tractat. Adire quoque potes Petr. Greg *lib* 7. *de Appell. toto.* Marant. *ho. tit. n.* 173. *& ſeqq* Veſtr. *Lib.* 8. *Pract. Cap* 4 Gail. . . *Obſ.* 144. *&* 2. *ſeqq.* Mynſing 1. *Obſ.* 26. *&* 3. *Obſ.* 31. Ottom. Melaud. *Comm. Cameral. Parte* 5. Raud. *Dec* . 13. *n.* 5. *& ſeqq. & decſ. ſeq.* Guid. Papæ *Deciſ.* 213. Afflict. *Deciſ.* 251. *ac ſeq. &* 354 P. Æmil. *Deciſ. Rota.* 49. *& ſeqq. P.* 1. Ant. Fab. *C. ſuo Lib.* 1. *Tit.* 10. Fr. Pfeil. *Conſ* 175. Siktin. *Conſ. Marp.* 18. *n.* 60. *& ſeqq Vol.* 2 Quod hoc ius non habeat locum quoad tertium ratione ſui intereſſe aliquid molientem, niſi innitatur iuri cauſſæ principalis, Menoch. *Re np. poſſ. Remed. ult. n.* 40. Sententia pro paupere lata ita ſuſpenſa, quod is interim ex fructibus bonorum litigioſorum ali debeat, Cornel Benincaſ *de Privileg. paupertatis. Quæſt.* 7. *Special.* 4. *n.* 17. Et quæ ad faciliorem expeditionem appellationis faciunt, ac in commodum appellantis, non vetito iudici, *Cap cum teneamur.* 17. *ext. h. t.* modo articulo appellationis ſe non immiſceat, vid. Moller. 4. *Semeſtr.* 31. *num.* 6

10) De Iudice, cui cauſſa appellationis delegata eſt, vid. Zonn. *Rer. Quotid. Cap.* 21.

rum quod dum ſententiam feret, id facere poteſt vel ex una parte, ut Iuſtinianus loquitur: id eſt, quanvis appellator in iudicium ſolus venerit, aut venerit ſolus victor. Ac proinde, quamvis [11] lis conteſtata non ſit, hoc inquam ſpeciale privilegium eſſe eius qui appellationi præſidet, etiam ex iure vetere ſcribit Iuſtinianus in *L. ult. §. illud, C. de temp. app.*

XII. Et eſt illud proprium huius iudicii, in iis quæ iudicem pronunciare oportet, quod iubetur præter alia omnia pœnam pecuniariam ſententia ſua imponere ei, qui malam litem fuerit appellatione perſecutus, ne temere ac paſſim omnibus provocandi facultas præbeatur. *L. eos, §. ne temere, C. de app.* videtur autem poſtea conſtitutione Valentis pœna [12] definita eſſe, ut eſſet quinquaginta librarum argenti. Sic enim verba ſunt. *L. ab executione appellantes, vel ab articulo, ſi eos perperam intentionem cognitoris ſuſpendiſſe claruerit: quinquaginta librarum argenti animadverſione mulctandos.*

XIII. Huius pœnæ metus facit, ut permulti, cum appellarint, cauſſæ diffidentes non audeant expectare eventum iudicii. Sed cupiant in tempore appellationi renunciare, quo pœnam evitent. Ideo quæritur, an hoc eis facere liceat. Et puto, ſi uſque ad libellos appellatorios tantum proceſſerit, neque induxerit appellationem, hoc cuivis licere [13] impune. Quid enim aliud ſibi volunt Imperatores in *L. ſi quis libellos, C. de app.* his verbis: *Si quis libellos appellatorios ingeſſerit, ſciat ſe habere licentiam arbitrium commutandi, & ſuos libellos recuperandi ne iuſtæ pœnitudinis humanitas amputetur.* Quod ſi eo uſque progreſſus fuerit appellator, ut appellationem induceret: vel ex ſuperiore conſtitutione licet colligere non eſſe pœnitentiæ locum, quo minus qui appellavit in pœnam iniuſtæ appellationis incidat. Et ſane in *L. eos, §. ne temere, C. de app.* cum de hac pœna imponenda cavetur, non dicitur hanc eum ſuſtinere debere, qui condemnatus ſit, aut qui tantum appellaverit. Sed eum qui litem fuerit proſecutus. Plane ſi pendente appellatione de negocio tranſactum ſit inter litigatores, non poteſt hæc pœna adverſus appellantem ſtatui, cum iudicium hoc modo finiatur. *L. ſi contra, C. de app.*

XIV. Sed etſi appellator interim deceſſerit, ſiquidem heres eius perſequatur appellationem. Idem de eo, quod & de appellatore ſtatuendum eſt. Sin appellationi renunciat, hac pœna non tenebitur: quoniam in pœnam heres non ſuccedit. *L. pen. D. de op. nov. nunc.* Nam quod dicitur in *L. unic. D. ſi pend. app. mors interv.* heredem cauſſas appellationis reddere debere, ſi adverſarii interſit: non eo pertinet, ut ſi non fecerit, plecti debeat, quaſi iniuſtam litem eſſet proſecutus. Sed ut ſignificetur, eum alioqui rei prius iudicatæ ſtare oportere. *L. 1. C. eod. tit.*

XV. Poſtremo hoc plus valet, in criminibus appellatio, quam primum iudicium inſtitutum: quod defuncto eo, qui reus fuit criminis, crimen extinguitur, adeo ut nec de pœna pecuniaria ſuperſit actio. *L. defuncto, D. de accuſ. L. 2. L. 3. C. ſi reus vel accuſ. mort. fuer.* Quod ſi reus condemnatus appellarit, ac deinde pendente appellatione decedat, ſemper quidem eius morte crimen extinguitur. Sed ſi præſidis ſententia ſua ſpecialiter bona adeunt, ſupererit bonorum quæſtio: adverſus quam non aliter is, qui emolumentum ſucceſſionis habet, obtinere poteſt, quam ſi in reddendis cauſſis appellationis iniquitatem ſententiæ detexerit, ut expreſſum [14] eſt in *L. 3. C. ſi pend. ap. mors interv:* & *L. unic.* verſ. *quamvis. D. de eod. tit.*

11) Conſentit Io. Wameſ. *ad Cap. per tuas.* 58. *extr. h. t. n.* 4. Ant. Rambaud. poſt alios *Addit. ad Deciſ. Pap.* 58. & de communi teſtatur Franc. de Caldas *ad L. 3. C. de in integr. reſt. in defin.* v. *per quod priſtinum ius recup. n.* 42. modo in priori inſtantia lis conteſtata fuerit. Tametſi hoc contentione & contradictione, diſtinctionibus item non careat, vid. Mathesilan. *Sing.* 63. & ibi Sarayna, Bover. *Sing.* 36. *n.* 9. Mynſ. 1. *Obſ.* 1. Gail. 1. *Obſ.* 76. Vigel. *de Lit. conteſt. Cap.* 2. *p.* 554. Obrecht. *de Lit. conteſt. Cap.* 4. *num.* 36. *& ſeqq.* Covar. *in cap.* Raynald. 18. §. 2. *teſtam. n.* 1. Iuſe Andr. Kohl. *Exercit. legali.* 5. *& ſeq.*

12) Olim a iudicibus provocare vacuum ſolutumque omni pœna, ut Tac. 14. *Annal.* Poſtea ne cui ſolutum in hoc arbitrium eſſet, pœnæ præſtitutæ, certaque pecuniæ quantitas in æde ſacra ſponſione facta ni iuſte provocaſſet, deponebatur, quam vincens auferebat; vel intra diem quintum ex die acceptorum apoſtolorum, idonee datis fideiuſſoribus cavebat appellans de eadem inferenda, ſi contra appellationem pronunciaretur, vid. Paul. 5. *Sent.* 35. ibique Cuiac. *&* 21. *Obſerv.* 33. Briſſ. 2. *Antiq.* 18. Ræward 5. *Var.* 10. Quæ cautionum & ſponſionum ratio ſublata, *L. 6. §. ult. C. hoc tit.* mulcta ſubrogata. Eamque eſſe mulctam quæ dicta præiudicialis *L. 50. L. 65. C. Th. h. t.* Symmach. *Lib.* 1. *Epiſt.* 37. vult Ræward. *d. Cap.* 10. quam tamen Cuiac. *d. Cap.* 33. ſtrictius accipit de irrogata ei qui fruſtratorie ab interlocutione provocavit. De coercitione hac, vid. & Menoch. *Arb. Cap.* 445. Damhud. *Praxi civ. Cap.* 241. P. Gregor. 8. *de App.* 5. Marant. *P. 6. h. t. n* 346. docens, etſi Iure Canonico illi mulctæ 50. librarum auri non ſit locus, alio tamen modo extra ordinem poſſe coerceri. Iure Saxonico quæ pœna, vid. *Diff. iur. civ. & Sax.* 41. *p. 1. n.* 12. Coler. *Deciſ.* 131. Conf. Mynſ. 3. *Obſ.* 56.

13) Conf. Gail. 1. *Obſ.* 137. *n.* 7. Remitti quoque pœnam ei, qui appellavit a pœna corporali, iudicatum refert A. Fab. *C. ſuo h. t. defin.* 44.

14) Vid. Petr. Gregor. 6. *de App.* 15. *n.* 4. *& ſeqq.*

C A P. X.

Ad Titulum, De receptis arbitriis. D. & C. Ac primum quæ ſit arbitrii utilitas: tum quibus rebus contineatur vis, & auctoritas arbitrorum. Arbitria etiam compromiſſa dici, & cur.

Tranſitio ad arbitria. I.
Quæ arbitrii utilitas, & quas hæc habeat conditiones. II.
Naturalis earum quæ de arbitrio quæri ſolent rerum progreſſio atque ordo. III.
Prior omnium apud litigantes quæſtio. De vi & poteſtate arbitrii: an hæc talis ut litem dirimat. IV.
Arbitrium litem dirimit, ſi & probatum ſit a iure, & illud præterea leges tueantur. V.
Probatur a iure arbitrium, ſi ſuis conſtet a natura partibus, & habeat factum arbitri legitimum: quot & quæ a natura partes. VI.
Partium una ſi deſit, aut non earum aliqua ad Civile ius conformata, ad nihilum redit arbitrium. Hoc quale ſit, explicatur per ſingulas. VII. VIII. IX. X. XI.
In facto arbitri tria ius requirit. 1. *Communia quædam cum iudicibus ante ſententiam: quæ illa ſint.* XII.
Quid in cognoſcenda cauſa arbiter a iudice diſtet. XIII.
2. *Sententiam ſive iuſtam ſive iniuſtam, modo ne quid inhoneſtum iubeat, ſive aliquid ſtatuat præter compromiſſum.* XIV.
Sententia arbitri iniuſta propter dolum ſtipulantis quando nulla, aut inutilis. XV.
3. *In ferenda ſententia circumſtantias loci, perſonarum & temporis.* XVI.
Perſonarum: *nempe litigatorum præſentiam, & arbitrorum, cum in plures compromiſſum; quid ſi hi, vel illi non adſint.* XVII.
Temporis: *quodlibet ſententiæ arbitri opportunum tempus (contrariis occurritur.)* XIX.
Niſi dies dominicus obſtet, aut aliud iudicium, aut privilegium aliquod; poſterius utrumque quid ſit. XVIII.
Tuentur arbitri ſententiam leges, cum ei parere litigatores cogunt. XX.
Duplex cogendi ratio, obliqua, & directa: ſive conventionalis, & legitima: quid ſit utraque. XXI.
Prior in facto litigatorum conſiſtit: hæc quid valeat: olim ſola obtinuit, & quandiu. XXII.
Poſterior eſt actio aut exceptio; utraque in id prodita a Iuſtiniano, quando una adſit ex conditionibus ab illo præſtitutis; quatuor illæ, & quæ. XXIII.
Quare duæ priores abrogatæ a Iuſtinianeo Iure noviſſimo XXIV.
Qualis ſuperior actio & exceptio a Iuſtiniano prodita. XXIV.

I. HActenus de iudiciis, quæ quidem proprie ita appellantur. Quod genus eſt eorum iudicum, quorum publicum eſt iudicandi munus, quique pro poteſtate eius muneris iudicium exercent. Erat alterum iudicii genus, de quo initio libri primi propoſuimus, quod eſt iudicum ex conſenſu ſumptorum: id eſt, arbitrorum, quod ex re arbitrium nominatur. Item & compromiſſum ex eo, quod litigatores in arbitro ſumendo faciunt. Compromittunt enim pœnam invicem hac conditione, ſi quis eorum non ſteterit arbitri ſententiæ. Quod & ipſum genus ad ſumendas lites pertinet. *L.* 1. *D. de recep.* de quo nunc dicendum videtur.

II. Ac ne quis requirat initio, quid ſit neceſſe quærere ex conſenſu arbitros, cum ubique magiſtratus parati ſint, per quos liceat, id quod volumus, etiam ab invitis conſequi: Utilitas arbitrii in promptu eſt. Iudicium namque res longa eſt. Perſecutio in eo & defenſio, ut plurimum & difficilis & moleſta. Iudex ipſe qui aditur, plerumque impeditur: nonnunquam iniquus aut infenſus litigatoribus cuius iudicium ſubire periculoſum eſt. Vitantur hæc incommoda, ſi dum erit viri boni & intelligentis minimeque ſuſpecti copia, qui iudicandi operam inter privatos non recuſet, hunc litigatores ſumant arbitrum, ut velint, quod ille ſententiæ dixerit, ratum eſſe: ſi modo & illud ſequatur, quod quærunt, ut arbitrium finiat controverſiam: ſed habet inquam, hæc utilitas has conditiones, ſi ſit, qui non recuſet ſen-

ten-

tentiæ dictionem, etſi arbitrio finiatur controverſia.

III. Quod cum ita ſit, hæc ſunt de arbitriis quæ quærantur: an quiſquam de arbitrio delato, ſi recuſet, cogendus ſit ſententiam dicere: Si cogitur, quando videatur ſententiam dixiſſe: cum dixerit, quam vim arbitrium habeat. In quibus ſunt illa quidem iis, qui in arbitrio progredi velint, naturæ ordine priora: ut quis arbitrium recipiat, tum ut arbitrio recepto dicat ſententiam, quibus demum poſitis ſequitur natura, ut dicatur ſententia valere, aut non valere.

IV. Verum iis, qui integris rebus deliberent, an arbitro potius, quam iudici rem committant (quod omnibus qui quid aggredi volunt, faciendum eſt) hoc primum occurrit, de quo ſibi conſtare velint, an arbitrium eiuſmodi futurum ſit, quod litem dirimat. Hoc enim niſi ſit, aut ſperatur fieri poſſe: non eſt cur quiſquam alterius arbitrium ſequi velit, ubi dubitat, an quidquam proficiat. Neque vero hoc pariter in omnibus arbitriis contingit, ut litem dirimant. Ut igitur intelligant, iam a Principe litigatores in re, quæ ex eorum electione pendet, quid in arbitrio ſequi, quid fugere, & omnino quid de eo ſibi promittere debeant, ne quid temere aggrediantur aut fruſtra: ante omnia hoc ſtatuendum eſt, quæ vis ſit, & poteſtas cuiuſcunque arbitrii. Ut hoc cognito, cum decreverint arbitrio rem ſubiicere, tum illa quærant deinceps, an quis cogendus ſit ſententiam dicere, & quando videatur dixiſſe.

V. Ut arbitrium litem finiat, duabus rebus continetur: ſi id non improbatur iure, & non improbatum ſi leges tueantur. In utroque horum ſuæ ſunt cautiones. Iam primum etſi omne arbitrium litigatorum conſenſu conſtat, nec ob aliam cauſſam valet, quam quod volunt illi ratum eſſe, quod arbiter ſtatuerit: dicere autem ſolemus conventionibus ſtandum eſſe, nec quenquam fraudari, qui ſciat & conſentiat. *L. nemo videtur, D. de reg. iur.* Tamen arbitriis, ut iudiciis, lex impoſita eſt, ultra quam nullum arbitrium valeat, nec quiſquam cogatur ei parere.

VI. Eſt autem quod animadvertatur, cum in his rebus quibus arbitrium conſtat: tum in facto arbitri. Conſtat & conſtituitur arbitrium natura his rebus, arbitro, litigatoribus, re de qua inter litigatores apud arbitrum agitur, & lege, qua arbitrii poteſtas arbitro defertur.

VII. In hac conſtitutione hoc primum obſervatur, ne quid deſit earum rerum, quas ſupra ſum complexus. Quod ſtultum eſſet monere, ſi initium tantum ſpectaverimus. Nulli enim tam ſtulti futuri ſunt, ut niſi contendant inter ſe de re aliqua, de re quæ non eſt, arbitrum quærant; aut cum de vera lite arbitrum quæſierint, putent eſſe arbitrum, priuſquam ſit arbiter conſtitutus, qui ſententiam de re controverſa diceret. Sed cum erunt hæc omnia ab initio conſtituta, fieri poteſt poſtea, ut eorum aliquid eſſe deſinat. Quod ſi fit, res eo redit natura, ut ſolvatur compromiſſum.

VIII. Moriatur igitur arbiter. Ita ſolvetur compromiſſum, ut quamvis unus arbiter iuſſerit litigatorem adeſſe Calendis certo loco, non tamen committatur pœna adverſus eum, qui non adfuit, ſi ante Calendas arbiter deceſſerit. *L. arbiter. cal.* 40. *D. eod.* Deſinit autem eſſe arbiter non tantum morte, ſed etiam litigatorum conventione. Si proponas diem dictum eſſe compromiſſo, & compromiſſi diem exiiſſe. *L. quid tamen, §. Papinianus, §. ſi intra, D. eod.* Sane ſi nominatim ita ſumptus ſit arbiter, ut liceret ei diem arbitrii proferre, & protulit, manebit arbiter. *d. §. Papinianus.* Sed hoc inquam in compromiſſo nominatim caveri oportet. Alioqui & ipſe fruſtra proferet invitis litigatoribus. *L. non diſtinguemus, §. ult. & L. ſeq. D. eod.* Et quamvis litigatores prolato die denuo in eum compromiſerint, non efficient, ut invitus cogatur eſſe arbiter, qui iure eſſe deſierat; niſi per eum factum ſit, quominus intra diem conſtitutum partibus ſuis fungeretur, *d. L. quid tamen, §. Papinianus.* In quam ſententiam accipi oportet *§. dices, L. non diſtinguemus, D. eod.* Poteſtas diei proferendi nullam aliam dat arbitro facultatem, quam ut diem proroget duntaxat. Quo fit, ut die arbitrii prolato omnia integra manere oporteat, quæ priore compromiſſo conſtituta fuerant, id eſt, conditionem & minorem controverſiam, de quibus compromiſſum factum erat, item pœnam, item & fideiuſſores, qui dati erant: niſi placeat alios non abſimiles dari, contra quam ſi quid ab arbitrio conſtitutum fuerit, pro non conſtituto erat. *L. Labeo, §. hæc autem, §. ult. & L. ſequenti, D. eod.* Diem protulit non ſolum qui præſens, ſed etiam qui per nuncium, aut per epiſtolam protulit. *L. diem, D. eod.*

IX. Similiter & uno ex litigatoribus mortuo ſolvi neceſſe eſt compromiſſum: Si hæres defuncti in compromiſſum non ſuccedat. Sic enim eveniet, ut iam duo liti-

litigatores non ſint, ſine quibus nullum arbitrium eſſe diximus. Etſi quidem heredis inſtitutio facta non ſit in compromiſſo, placuit eum in compromiſſo non ſuccedere, itaque & ſolvi compromiſſum. *L. diem*, §. 1. *D. eod.* Et merito. De facto enim ſuo ſpondent litigatores, cum ſpondent ſe arbitri ſententiæ ſtaturos, & eo quidem facto, quod perſonæ eorum cohæreat. Cur enim ita ſe arbitro committunt? Quia fidunt videlicet prudentiæ, & æquitati arbitri: ſive quod eum norunt, ſive quod eum bene erga ſe affectum exiſtimant. Mutata conditione perſonarum, non continuo heredes idem facerent, ac propterea eiuſmodi factum eſt, quod ad alios non tranſeat. *arg.* §. *ſed cum factum*, *Inſt. de ſtip. ſerv.* Quod ſi heredis mentio in compromiſſo facta fuerit, compromiſſum heredes tenebit propter conventionem. *d. L diem*, § 1. Heredem intelligimus utriuſque partis. Si enim ab altera duntaxat parte heredis mentio comprehenſa fuerit, placet compromiſſum ſolvi morte cuiuſvis ex litigatoribus, non ſecus, quam ſi neutrius heredis perſona eſſet comprehenſa. *L. ſed* & 49. §. *ult.* *D. eod.*

X. Eadem rei controverſæ quæ arbitri & litigatorum ratio. Sive igitur de negocio tranſactum ſit, ſive eius parte aut acceptilatione, aut homine mortuo qui petebatur, aut quo alio modo ſit liberatus: quia res ſublata eſt, de qua iudicium fieri oportebat: ſolvetur compromiſſum *L. non diſtinguemus*, §. *item non eſt*, §. *ſumma D. eod.* Ergo hoc primum dicebat natura, non poſſe conſtitui arbitrum ſine iis rebus quatuor, quas ſupra dixi.

XI. Illud efficit ius civile, ne ſemper omnes illas intervenire ſit ſatis: quia non omnes ad conſtitutionem arbitrii eo iure admittuntur. Non quivis eſt idoneus arbiter: non inter quoslibet arbitrium conſiſtit, non de re qualibet, nec quavis lege recte conſtituitur. Non omnes, ut dixi, idonei arbitri habentur. Primum quicunque iudices eſſe non poſſunt, iidem arbitri officio fungi non poſſunt. Quo in genere ſunt ſervi *L. Pedius*, 7. §. *ult.* & *L.* 9. *D. eod.* Item fœminæ. *L. ult. C. eod.* Item hi, qui facultate iudicandi deſtituuntur: minor annis 25. furioſus, mutus, ſurdus: de quibus in *L.* 3. in princ. & *L. ſed ſi.* 9. §. *ſed neq. D. eod.* Minorem quidem viginti annis conſtat compromiſſorium iudicem eligi non poſſe. Id enim diſerte ſcriptum eſt in *L. cum lege*, *D. eod.* Sed hoc ipſum dubium fecit, an Maior viginti annis, ſi minor ſit annis viginti quinque poſſit eligi arbiter. Verum cum ibidem ſcriptum ſit, & huic ſuccurrendum eſſe: Si temere arbitrum receperit: puto id ſatis eſſe cauſſæ, cur litigatores eius ſententiæ ſtare non cogantur, ita fieri, ut minore viginti quinque annis arbitro ſumpto arbitrium non conſiſtat. Quod & ſcriptum eſt in *d. L.* 3. *D. eod.* Ne is quidem idoneus arbiter, qui iudex eſt eius rei, de qua arbiter ſumitur. *L.* 9. §. *ſi quis*, *D. eod.* Idem nec is, qui ſumptus eſt de re ſua, ob eam cauſſam quæ redditur in *L. pen. D. eod.* Sed etſi arbiter poſtea inimicus factus ſit, & ob id teſtationibus conventus, ne ſententiam diceret, vetatur ſententiam dicere. Sic tamen ut ſi dixerit, placeat quidem ipſo iure valere ſententiam, verum exceptionem doli mali obſtare ei, qui pœnam ex ſententia petat. *L. non diſtinguimus*, §. *cum quidam*, *D. eod.* His conſequens eſt, ut ſi duo arbitri electi ſint, quorum unus non ſit idoneus, dicendum ſit arbitrium nullius eſſe momenti, quia effectum ſit in huius perſona arbitrium non conſiſtere: certum eſt autem alterum ſolum ſententiam dicere non poſſe, ut poſtea dicetur. Hoc in *L.* 7. §. *ult.* *D. eod.* Si de litigatoribus quæritur: ut iudicium, ſic arbitrium cum ſervis non conſiſtit: & generaliter cum iis, qui iudicio nec agere, nec conveniri poſſunt, adeo ut nec ex hac cauſſa ſervus pœnam ſtipulando acquirat domino ſuo actionem, nec eodem promittente in dominum detur eo nomine actio de peculio. *L. non diſtinguemus*, §. *ſi ſervis*, *D. eod.* Nec de omnibus rebus arbiter ſumi poteſt: non poteſt de famoſo delicto. Non de ea re, de qua publicum iudicium eſt, veluti, de adulteriis, de ſicariis, de ſimilibus: nec de liberali cauſſa, ingenuitate, aut libertate. Quia omnes eiuſmodi cauſſæ ſunt, quæ exiſtimentur maiores quam iudices habere debere. *d. L. non diſtinguemus*, §. *Iulianus*, & ſeq. Habet hoc quoque arbitrium cum iudicio commune, quod de iis rebus quæ poſt compromiſſum acciderunt iudicare arbiter non poteſt. *L. de his*, *D. eod.* Quod ad legem, quæ arbitrio dicitur, attinet, ius ſic habet, ut recte ſumatur arbiter, ſi ita ſumatur, ut ſententiam dicat, quam videtur. Quod ſi hæc lex arbitro dicta erit, ut certam dicat, vel ut dicat, quod Titio diſceptatori placuerit, nullum eſt arbitrium, utpote, in quo libera facultas arbitrii ſententiæ non ſit futura, quod eſt contra naturam arbitrii. *L. qualem*, 19. *L. item ſi*, 17. §. *inde*, *D. eod.*

XII.

XII. Rebus omnibus ad iuſtum arbitrium bene conſtitutis, tamen multa ſunt præterea in facto arbitri, quæ ius exigit. Contra quæ ſi fiat, non minus, quam ob ſupraſcriptas cauſſas arbitri ſententia improbatur. Et quoniam ſummum eius officium eſt, ut ſententia ſua controverſiis finem imponat, quod & ſe facturum recipit. *L. Papinianus 7. §. recepiſſe, D. eod.* Ideo ſunt, quæ ad iuſtam ſententiam ſervare iubentur, quæ ſpectentur partim ante ſententiam: partim in genere ſententiæ: partim in ſententiæ ferendæ circumſtantiis. Et ſunt illi ante ſententiam communia hæc cum iudicibus. Principio quæ ad conſtituendam futuri iudicii religionem Iuſtinianus iniungit iudicibus, hæc eadem iniungit arbitro, ut faciat: nempe, ut ante ſedem iudicialem ſacroſanctas ſcripturas depoſitas habeat: Ut iusiurandum de calumnia, & perfidia exigat a litigatoribus primum; poſt a patronis cauſſæ, quale & quomodo iudices exigere iubentur. *L. rem non novam*, verſic. *& generaliter*, & §. *patroni, C. de iud. L. 2. C. de iu. prop. cal.* In primis autem illud arbitri ante ſententiam, ut cauſam diſceptet, & diſcutiat, id eſt, ut agnoſcat. *L. litigatores*, in pr. *L. ſed ſi 14. L. Labeo, §. hac autem, D. eod.* Nam quomodo controversiis finem imponet, qui quid eſſet controverſiarum non cognovit?

XIII. Sed non eandem opinor hic diſceptationem exigimus ab arbitro, quam a iudice. Ab hoc plena exigitur, id eſt, ut litigatores pro ſe dicentes, & ea quæ ad cauſſam pertinent afferentes patienter audiat, & hac gratia tempus det, quod ad ea proferenda ſit ſatis, quæ qualia eſſent ſuo loco expoſuimus. Arbitrum autem puto exiſtimare debere, quid ſibi de controverſia cognitum & probatum putet: & quamvis vel audientiam uni ex litigatoribus non recte denegarit, vel dilationem ad res neceſſarias proferendas: non tamen eo minus ſententiam eius valituram. Cur putem, adducor hac ratione, quod plena cognitione ab arbitro prætermiſſa, nihil aliud dici poteſt, quam arbitrum iniuriam feciſſe ei, quem non audivit, aut cui dilationem denegavit, atque ita iniuſte iudicaſſe. Nunc autem receptum eſt nihil obeſſe ſententiæ arbitri, quod iniuſte iudicavit, cum dicatur eius ſententiæ ſtandum eſſe ſive æqua ſit, ſive iniqua. *L. diem, §. ſtari, D. eod.*

XIV. In genere ſententiæ: ſi verum eſt quod modo dixi, quid ſtatuat arbiter, ad vim ſententiæ nihil intereſt. Et merito. *Sibi enim imputet*, inquit Ulpianus, *qui compromiſit. d. §. ſtari.* In quo tamen duo excipiuntur: Unum ne quid inhoneſtum iubeat *L. quid tamen, §. non debent, D. eod.* Alterum, ne quid ſtatuat, præterquam quod ei ex compromiſſo licet. De quo hæc Pauli verba ſunt in *L. non diſtinguemus, §. de officio, D.* eod. *De officio arbitri tractantibus ſciendum eſt, omnem tractatum ex compromiſſo ſumendum. Nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi ut efficere poſſit, cautum eſt. Non ergo quodlibet ſtatuere arbiter poterit, nec in qua re libet, ſed de qua re compromiſſum eſt, & quatenus compromiſſum eſt*, utputa, nihil egerit, ſi fingas eum vetare pœnam ex compromiſſo peti, de qua compromiſſum non eſt. *L. quid tamen, §. item ſi arbiter. L. arbiter, 42. D. eod.* aut alium arbitrum ſtatuere, ad quem iri iubeat, vel quem iubeat ſibi adiungi. *L. non diſtinguemus, §. quæſitum, §. item Pedius, §. item ſi iubeat. L. in compromiſſis, D. eod.* Idemque eſt, ſi diem compromiſſi proferat, de qua proferenda nihil cautum ſit in compromiſſo. *d. L. non diſtinguemus, §. ult. L. arbiter. 50. D. eod.* Solutioni tamen diem arbiter ſtatuere poteſt. *L. quid tamen, §. ſolutioni, D. eod.* Puto, quia dies ſolutionis pars eſt: de ſolutione autem eſt compromiſſum. Cætera, ut dixi, in ſententia arbitri, quantumvis iniquá, rata ſunt.

XV. Sane ſi ſtipulantis dolo, & corruptela factum ſit, ut arbiter pro eo iniquam ſententiam ferret. Si quidem in compromiſſo adiectum ſit, ne quid dolo malo in ea re fieret, pœna ipſo iure non committetur, etſi adverſarius ſententiæ non pareat. Hoc amplius etſi forte per errorem ei paruerit, habebit ad ea repetenda, quæ ſolvit ex ſtipulatu actionem. Quod ſi doli clauſula in compromiſſo adiecta non ſit, valebit quidem ſententia ipſo iure. Cæterum iure prætorio erit inutilis. Nam ei qui victus eſt, rebus integris adverſus pœnæ petitionem doli exceptio dabitur. Qui ſi per ignorantiam ſolverit, quod iuſſus eſt, ad id repetendum habebit de dolo actionem: hæc in *L. ita. 31. D. eod.*

XVI. In circumſtantiis ſententiæ ferendæ ſunt perſonæ, quarum præſentia, aut conſenſus in ea re deſideratur. Item locus & tempus ferendæ ſententiæ. Quibus de rebus hoc ſervatur.

XVII. Primum coram litigatoribus ſententiam dici oportet: aliter non valet: niſi in compromiſſo expreſſum ſit, ut vel uno, vel utroque abſente ſententia pro-

ma-

Digitized by Google

matur. *L. diem*, §. *ſi quis litigatorum*. *L. inter*, *D. eod.* Quid ergo ſi unus certo loco & tempore adeſſe iuſſus non adſit? non eo magis ſententia eo abſente valebit. Sed pœna adverſus eum committetur, quia per eum factum ſit, quo minus arbiter ſententiam diceret. *d. §. ſi quis litigatorum*. Sane ſi per eum non ſteterit, quominus adeſſet, dum aut valetudine, aut Reipublicæ cauſſa, aut magiſtratu, aut alia iuſta cauſſa impeditus eſt, committetur quidem pœna, etiam hoc caſu ipſo iure. Sed ſi paratus ſit in eundem compromittere, placet actionem in eum denegari, aut cum exceptione tutnm fore. *L. quid tamen*, §. *ſi quis ex. D. eod.* Hinc apparet ſi quis ex litigatoribus iuſſus non ſit ab arbitro, ut adeſſet, neque adſit, nec ſententiam adverſus eum dici poſſe, nec pœnam adverſus eum committi, per qnem non ſtet, quo minus adſit. Itaque eſſe ex officio arbitri, ſi quid proficere velit, ut prius iubeat adeſſe litigatores certo loco, & certo tempore. Quod dum faciet, illud tenendum erit, nihil referre, utrum per nuncium adeſſe iubeat: an per epiſtolam. *L. ſed &.* 49. §. *arbiter*, *D. eod.* Coram autem litigatoribus ſententiam dicere, eſt dicere præſentibus litigatoribus: præſentibus inquam, non tantum a corpore, ſed etiam ab animo & intelligendi facultate. Quæ cum non ſint in furioſo, infante, aut dormiente, nemo coram his, sive his præſentibus quidquam facere aut dicere intelligitur: ſed nec coram pupillo ſententia videtur dicta nisi tutor præſens fuerit. *L. diem*, §. *coram*. *L. ſi compromiſſum*. & *LL.* ſeqq. *D. eod. L. coram. L. apud Labeonem D. de verb. ſign.* Præter litigatores ſunt & alii, quibus, præſentibus iudicari oportet. Hi ſunt arbitri, tunc, cum in plures compromiſſum eſt. Finge in tres compromiſſum eſſe, si vel uno abſente duo iudicent, quamvis inter ſe conſentiant: arbitrium non valebit, quia ſcilicet inquam comprnmiſtum factum eſt, licere vocare litigatores, si aut eius anctoritatis sit arbiter, ut eum honorem litigatores illi habere debeant, aut ipſe in ſeceſſibus ſoleat agere, & litigatores facile & honeſte eo loci venire poſſint.

* XVIII. Reſtat tempus dicendæ ſententiæ, quod & ipſum non ſemper eſt idoneum. Ac quo minus aliquo tempore recte ſententia dicatur, tria obſtant. Interdum ipsius diei conditio. Cuius generis eſt dies dominicus. Hoc enim die vetant conſtitutiones ullum iudicium exerceri, etiam apud arbitros. *L. omnes*, *C. de fer.* Alia res, quæ per id tempus tractatur: cui interim ſententia arbitri præiudicium fieri non oportet. Quod contingit, cum is facit controverſiam hereditatis, qui cum defuncto compromiſerat. Paulus in *L. non diſtinguemus*, §. *ſi is*, D. eod. *ſi is*, inquit, *faciat controverſiam hereditatis, qui cum defuncto compromiſerat: futurum eſt præiudicium hereditati, ſi arbiter ſententiam dicat. Ergo interea inhibendus eſt arbiter*. Senſus eſt, finge eum, qui a defuncto decem petierat, de qua ſumma & cum illo compromiſerat contendere cum heredibus legitimis de hereditate, qnod dicat ſe teſtamento defuncti heredem eſse, ant ſe quoqne ex parte legitimum heredem. Prius quam de ea re iudicatum erit, prohibetur arbiter de ſumma, de qua aditus eſt, ſententiam dicere. *Futurum eſt enim*, inquit, Paulus, *præiudicium hereditati, ſi ſententiam dicat*. Futurum ideo, quia si arbiter pronunciet heredes, qui legitimi dicuntur, pecuniam debere, tacite & illos heredes eſse confirmat, dum vult eos ex perſona defuncti teneri, id eſt, iure hereditario: Et hunc, qui pecuniam petit, heredem eſse negat: sive quod duo heredes in ſolidum eſse non poſſunt: sive quod si heres eſſet, eatenus obligatio confusione tolleretur. *L. ut debitum*, *C. de act. hered. L. Stichum*, §. *aditio*, *D. de ſolutio.* Hoc autem eſt ante iuſtum iudicium de hereditate, de ea præiudicium facere: porro hereditati præiudicium fieri non oportet. *L.* 5. in fin. *D. de petit. hered.* Nonnunquam privilegium temporis poſtea incidens litigatorem tuetur, ne per id tempus cogatur litem exercere. Ut proinde fruſtra invito eo, quamvis præſente arbiter de re ſententiam ferat: itaque neceſſe sit, rem in aliud tempus differri. Tale eſt privilegium legatis, qui Romam venerunt, conceſſum, ne de eo, quod ante legationem contraxerunt cogantnr ſe Romæ defendere, quandiu legationis cauſſa ibi demorantur. *L.* 2. §. *legatis*, *D. de iud.* Qnod & ipſnm eadem ratione efficit, ne si quis ante legationem Romæ compromiſerit, cogatur de eo Romæ apnd arbitrum litigare. *L. non diſtinguemus*, §. *item ſi quis*, *D. eod.*

XIX.

(*) Ne credat lector hic aliquid editoris incuria prætermiſſum: commode viſum eſt ea referre, quæ monet Oſualdus in hunc locum: Hæc illius verba: *Hic lacuna, nec contextus integer in opere Donelli, & omiſſa quæ de LOCO tractanda, nec superior editio quidquam ſupplevit.*

XIX. Si hæc impedimenta non erunt, puto arbitrum omni tempore recte ſententiam dicturum: nec quidquam ad rem pertinere, dicat feriatis diebus, an non feriatis; dicat conſentientibus litigatoribus, an non conſentientibus. Nam quod dicitur in *L. Pomponius*, 13. §. *arbiter*, *D. eod.* arbitrum his diebus non cogi ſententiam dicere quibus iudex non cogeretur, id eſt, feriatis, non arguit eum per eos dies ſententiam dicere non poſſe. Nihil enim prohibet, quo minus poſſit: quo minus ſi nolit non cogatur. Sed etſi præſentes litigatores non conſentiant, ut hoc tempore arbiter ſententiam ferat, non tamen ideo efficient ne is officio ſuo, quod illi ſemel delatum eſt, recte cum velit, fungatur. Facere quidem poſſunt, ne adſint tum cum arbiter adeſſe iuſſit. Ex quo etiam evenier, ut ſententia; ſi quam arbiter ipſis abſentibus dixerit, nullius ſit momenti. Sed cur non valeat, cauſſa in eo erit, non quod non licuerit per id tempus dicere, ſed quia non liceat dicere abſentibus litigatoribus. Non adverſatur huic ſententiæ, quod in *L. ſed ſi compromiſſum*, 14. *D. eod.* dicitur, *ſi compromiſſum ſine die confectum ſit, neceſſe eſt arbitro omnimodo diem ſtatuere partibus conſentientibus, & ita demum cauſſam diſceptare.* Obſervandum eſt enim id dici ibi non abſolute: ſed ſub exceptione, niſi malit arbiter omni tempore cogi ſententiam dicere. Subiicitur enim continenter: *quod ſi hoc prætermiſſum ſit, omni tempore cogendus eſt ſententiam dicere.* Si hoc prætermiſſum ſit, id eſt, ſi non ſtatuerit diem partibus conſentientibus.

XX. His vitiis, quæ ſupra, cum in conſtitutione arbitrii, tum in facto arbitri notavimus, evitatis, efficietur quidem ea ſententia, quæ iure non improbetur: ſed eiuſmodi, quæ etiam nunc ſit inutilis, niſi & ius eam tueatur ita, ut ſi quis ex litigatoribus recuſet, cogatur ei parere. Nec vero ius ſemper cogit id facere, nec uno modo. Quare, quod adhuc reliquum eſt ad vim & effectum ſententiæ de cogendi ratione, & quando locum habeat videamus.

XXI. Et cogendi litigatoris duæ ſunt rationes. Obliqua una, quæ ex conventione litigatorum naſcitur. Altera directa, quæ ipſo iure conſtituitur ſine alia conventione. Illam conventionalem: hanc legitimam poſſumus appellare. Conventionalis eſt, cum pœnam certam ultro citro promittunt litigatores, ſi quis arbitri ſententiæ non ſteterit, quam recte dixi, obliquam. Huius enim non ea vis eſt, ut quis cogatur diſtricte ſtare ſententiæ: ſed ut cogatur metu pœnæ, ſive ſub conditione niſi malit pœnam pendere. Legitima eſt, quam eandem directam appello, cum ius cogit ſententiæ ipſi ſtare recta. Quod fit actione in eam rem arbitro data, quo mandatur ſententia executioni; & exceptione data reo ad defenſionem ſententiæ.

XXII. Prior ratio ut parata ſit litigatoribus, in facto eorum poſitum eſt, ſi videlicet initio compromiſſum interponant. Compromiſſum mutuam illam pœnæ ſtipulationem, & promiſſionem, quam modo dixi, appellamus. Valet autem ea ſtipulatio ad duas res. Non enim tantum ad hoc conducit ut quis ſententia lata cogatur ei parere: quia niſi paruerit, pœna ſecundum verba ſtipulationis committatur, ſed etiam ad hoc, ut cogatur arbitri ſententiam pati: quia tunc committitur pœna, ſi per litigatorem ſteterit, quo minus arbiter ſententiam diceret. *L. diem*, §. *ſi quis litigatorem*. *L. ſi quis rem*, *D. eod.* *L.* 2. *C. eod.* Efficitur hoc ex ſententia verborum. Promittit enim litigator pœnam ſub conditione, ſi ſententia dicta ſit, & ſententiæ non paruerit. Eſt autem regula iuris quæ efficit, ſi per eum, cuius intereſt conditionem non impleri, factum ſit, quominus impleatur, perinde haberi, quaſi conditio impleta eſſet. *L. in iure*, *D. de R. I.* Ac fuit ſola hæc ratio confirmandi arbitrii in uſu ante tempora Iuſtiniani. Sic enim ius erat, ne ex ſententia arbitri eſſet iudicati actio: & omnino ne magis ſententia arbitri haberet rei iudicatæ auctoritatem, quam cuiusvis alterius privati. Nam & ipſe arbiter privatus eſt, & in ea opera, quam litigantibus præbet, privato officio, non publico munere fungitur. Itaque ex ſententia arbitri, ne appellari quidem poterat: hæc res faciebat, ut ſubſidio pœna invicem promitteretur, ut metu pœnæ a placitis non recederetur, ut expreſſum eſt *L.* 1. *C. eod.*

XXIII. Primus Iuſtinianus ex arbitri ſententia actionem & exceptionem dedit. Quæ illa eſt altera legitima & directa tuendæ ſententiæ ratio, quam dixi. Sed dedit non paſſim, verum certis conditionibus, quæ & ipſæ poſitæ ſunt in facto litigantium, ut pendeat hic quoque ex eorum facto, utrum hac via utantur, nec ne, non ſecus, quam in illa ſuperiore. Conditiones autem ex prioribus eius conſtitutionibus ſunt quatuor, non quas ſimul omnes concurrere oporteat; ſed quarum

rum unaquæque valeat ad confirmationem ſententiæ, ut quam ex his litigatores elegerint, continuo parata ſit actio & exceptio; nulla earum interveniente, non ſit propoſita non dico actio, ſed ne exceptio quidem ex ſententia: ut cautum eſt nominatim eiuſdem Principis conſtitutione in *L. pen.* verſ. *altera*, *C. eod.* Una eſt conditio, si litigatores iureiurando interpoſito caverint ſe ſententiæ arbitri ſtaturos: idque ipſum ſe ita caviſſe literis vel privatis id eſt, ſuis, vel publicis teſtatum fecerint, aut idem fecerint apud arbitrum, quod & in acta arbitrii redactum sit. Proxima ſuperiori conditio eſt, si vel arbiter ſolus iuraverit ſe religioſe & integre eſſe iudicaturum: dum hoc fecerit litigatoribus poſtulantibus, & iiſdem id factum eſſe, aut literis, aut apud acta arbitrii teſtantibus. Tertia eſt, si ſententia dicta, ſententiæ ſubſcripſerint litigatores, profiteri ſe hanc ſibi probari; ſic ut nihil referat, utrum his verbis uſi ſint, an aliis, puta, his; non recuſo, quin iudicatum faciam. Poſtrema eſt, ſi ſilentio litigatores ſententiam confirmarint, quod illos feciſſe placet, ſi intra decem dies, quam ſententia lata eſt, una pars adverſario, vel iudici non denunciarit ſententiam non placere. De primis tribus cautum eſt pluribus verbis in *L.* 4 *C. eod.* De poſtrema cavetur in *L. pen. C. eod.*

XXIV. Sed quod ius de prima & ſecunda conditione ab illo hic conſtitutum erat, abrogatum eſt poſtea eius ipſius conſtitutione. *Nov.* 82. *de iudicib* *§. quia vero*. Is enim animadvertit periculoſum eſſe, & lubricum concedere aliquid in hac ſpecie iureiurando in futurum concepto, quia fieret ſæpe, ut litigatores iniqua ſententia arbitri læſi ſuo ipſorum damno permoverentur, ne ſententiæ parere vellent: qua ex re in certum periurium inciderent. Eo adductus ille generaliter ita conſtituit, ut ad antiquum ius rediens iuberet omnimodo cum pœna quantacunque arbitros eligi, ſine hac vetaret imperitiam arbitri litigatoribus nocere, etiam interpoſito ab his iureiurando. Duæ poſteriores conditiones manſerunt.

XXV. Actio eſt in factum, vel conditio ex lege, vel in rem utilis, prout facti qualitas exiget. *d. L.* 4. verſ. *& in his*. Actio comparata non ad novum iudicium inſtituendum: ſed in hoc ut ad ſimilitudinem iudicati actionis mandetur ſententia executioni per eoſdem magiſtratus, per quos mandaretur, ſi ordinario iudicio actum eſſet. *d. L. pen.* in pr. Exceptio quæ ex arbitrio naſcitur, pacti exceptio eſt, ibidem: cum hanc vim ſententiæ arbitri eſſe dicimus, quæ expoſita eſt, monendi ſumus, eam ſententiam intelligere nos, quæ prima ab arbitro dicta fuerit. Propone, eum ſententiam, quam ſemel dixit, mutare poſtea, & ab eo quem condemnarat, poſtea vetare aliquid peti. Dicimus primam ſententiam eam eſſe, quam ius tueatur. Non quod ſi liceret arbitro plures ſententias dicere, non eſſet ea ſervanda, quæ eſt noviſſima. *arg. L. pacta noviſſima. C. de pact.* Sed quia ſi ſententiam dixit, quæ arbitrium finiat, id eſt, ſi condemnavit, aut abſolvit, placeat eum ſententiam mutare, aut corrigere non poſſe; ne ſi erraverit quidem in ſententia dicenda: idcirco, quia ſententia ſemel dicta arbiter eſſe deſierit. *L. qualem*, *§. ult.* & *L. ſeq. L. quid tamen*, in pr. *D. eod.* Sane iuſſum ante ſententiam mutare poteſt. *d. L. qualem*, *§. ult.*

CAP.

C A P. XI.

Qui arbitrium recipit, eum cogi ſententiam dicere. Quis cogat: quæ ratio cogendi. Iuſtas tamen eſſe cauſſas, propter quas interdum quis non cogatur, & eæ quæ ſint: tum de pœna compromiſſa.

Continuatio atque ordo. I.
Cogitur ſententiam dicere qui pœna compromiſſa recepit arbitrium. II.
Quinque ex edicti interpretatione eſſe cauſſas arbitrii recuſandi. 1. *Si futura ſit inutilis arbitri ſententia.* III.
Huic affinis cauſſa pœnæ non compromiſſæ: duobus exceptis caſibus ex Iure Iuſtiniani noviſſimo. IV.
Pœna compromiſſa ſive magna, ſive modica, ſive pure, sive in diem, aut ſub conditione nihil intereſt. V.
Dummodo ea & pœna ſit, & promiſſa, & ab utroque: tria hæc qualia ſint, explicatur. VI.
Quare in arbitrio pœnæ ſtipulatio exigatur; & quando non neceſſaria. VII.
2. *Si arbiter non poſſit dicere ſententiam ſine incommodo valetudinis, honoris, aut rei familiaris. Obiter de ſingulis.* VIII.
In cauſſa tamen valetudinis & ſimilibus arbiter differre dumtaxat cogitur ex cauſſa; & qua. IX.
3. *Si litigatores præbeant ſeſe indignos, quibus arbiter hanc operam præſtet; & quando hi tales.* XI.
4. *Si arbiter cogatur aliter quam licet per compromiſſum.* XII.
5. *Si ſit dies feriatus; præterquam ſi dies compromiſſi ſit exitura; quid huic rei conſequens.* XIII.
Niſi tamen convenerit nominatim: ut nec, ſi dies exitura, dicatur ſententia feriato die. XIV.

I. His de vi & auctoritate, cuiuſcunque arbitrii initio cognitis, habebunt, quod dixi, litigatores, quid in inſtituendo arbitrio ſequantur, aut fugiant. Secundum quæ ſi is erit rerum ſtatus, ut non inutiliter res eius quem ſibi propoſuerint arbitrio ſubiici poſſe videatur, idque ita facere ſtatuant: deinceps oportune de cogendo arbitro quærent: ſi forte ita erunt comparati, ut hunc omnino ſibi arbitrum expetant, eoque recuſantem arbitrari cogendum putent. De quo, ut erat propoſitum nunc dicam.

II. Et de eo cogendo, qui arbitrium non receperit, nihil iure cautum eſt. Unde intelligitur, neminem cogi id recipere, ſemel autem arbitrio recepto edicto expreſſum eſt, eum cogi dicere ſententiam, qui pœna compromiſſa receperit. *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Recepiſſe arbitrium eum definiunt, qui iudicis partes recepit, finemque ſua ſententia controverſiis impoſiturum pollicetur. *L. Pomponius*, §. *recepiſſe*, *D. eod.* Qui cogeret Romæ, fuit Prætor. *d. L.* 3. §. 1. & *ult.* Eiuſque exemplo in aliis locis is coget magiſtratus, qui iuridicendo præeſt, cui mulctæ dicendæ ius erit. Cogendi enim ratio eſt, ut mulctam indicat ei, qui ſententiam dicere recuſabit. *L. non diſtinguemus*, §. *ſi arbiter*, *D. eod.* Quis arbitrium receperit, ut cogi poſſit nihil intereſt. Omnes cogi poſſunt a prætore: dum ne ſit par, aut ſuperior magiſtratus. *L.* 3. in fin. *L.* 4. 5. 6. 7. *D. eod.* Sed cogit Prætor cauſſa cognita: id eſt, ſub conditione, niſi cauſſa ſit, cur arbiter cogi non debeat: de quo magiſtratus cognoſcet.

III. Eſt quidem hæc ſolum conditio ad cogendum edicto expreſſa, ſi quis pœna compromiſſa arbitrium receperit, ut ex verbis edicti, una hæc ſit detrectandi arbitrii cauſſa, quod quis receperit, ſi litigatores pœna non compromiſſa ad arbitrum ierint. Sed edictum ita acceptum eſt, quaſi omnino prætor pollicitus eſſet, ſe eum, qui arbitrium recepit, ſententiam dicere coacturum cauſſa cognita: ut quæcunque eſſe videretur iuſta cauſſa, quæ arbitrum excuſaret, hic ſententiam dicere non cogeretur. *L. licet*, *D. eod.* Sunt autem iuſtæ cauſſæ ad recuſationem ſententiæ dicendæ genere quinque. Una eſt, ſi dicatur inutile eſſe arbitrium, ac ſententiam, quæcunque dicetur nullius fore momenti. Quid enim intereſt, litigatorum ſententiam dici, quæ inutilis futura ſit, aut quid neceſſe eſt inanem operam ſumi? Sive igitur is arbitrium rece-

perit, qui arbitri officio fungi non poteſt: ſive is ſit reus, cum quo agi non poteſt. Sive de re de qua agitur, arbitrium non conſiſtat: ſive lex arbitrio dicta ſit, quam non oportet: quibus de cauſſis arbitrium improbari diximus. Tot ſunt cauſſæ, propter quas recte recuſet arbiter ſententiam dicere. Dixi ſupra de his cauſſis ordine. Conſulantur ii loci, quos citavi, de ſingulis (nihil enim neceſſe eſt hæc eadem inculcare) tot locis ſcriptum reperiemus his de cauſſis arbitrum ſententiam dicere non cogi.

IV. Ad hoc genus cauſſæ referri debet, quod non cogitur quiſquam ex verbis edicti ſententiam dicere, si arbitrium receperit, pœna non compromiſſa. Hoc enim cum fiebat, olim impune arbitri ſententiæ non parebatur, ut ſupra dixi. Itaque cum hodie ex conſtitutionibus Iuſtiniani duo sint caſus, quibus jam ab initio certum sit, & sine compromiſſo ſententiam, quæ quandoque dicta erit, valituram: non eſt dubitandum, quin iiſdem caſibus cogendus sit arbiter, quanvis sine compromiſſo arbitrium receperit. *arg. in L. quod dictum. D. de pact.* Quod si nulla earum conditionum interveniet, quas Iuſtiniani conſtitutiones exprimunt, manebit ius antiquum, ut non aliter cogendus sit quiſquam, quam si arbitrum receperit, pœna invicem promiſſa.

V. Pœna compromiſſa cogetur, si nihil aliud impediat, nec intererit, certa ſumma promiſſa sit, an incerta, puta quanti ea res eſt. *L. non autem, D. eod.* Ne illud quidem, quanta sit pœna: maior ne, an minor, quam sit res de qua agitur. *L. non diſtinguemus, D. eod.* Solum enim hoc ſpectatur ne sit inutilis arbitri ſententia. Sed nec illud refert pure promiſſa sit pœna, an in diem. Nam ſub conditione si promittatur, periculum eſt, ne deficiat conditio, in quem caſum recte dicetur pœna non eſſe promiſſa. *L. litigatores, §. ult.* & *L.* ſeq. *D. eod.*

VI. Interim & pœnam eſſe oportet, & promiſſam eſſe, & invicem promiſſam. Pœna eſt, quicquid promittitur, si quis arbitri ſententiæ non ſteterit, sive ea pecunia numerata sit, sive quid aliud. *L. litigatores, §. 1. D. eod.* Promiſſam sic accipiemus, quæ utiliter promiſſa eſt. Itaque si mulier alieno nomine promittat, non eſt pœna promiſſa propter interceſſionem. *L. non diſtinguemus, §. si mulier, D. eod.* Utque ab initio promiſſam eſſe oportet; sic hoc exigimus, ut duret promiſſio, sitque res in ea cauſſa, ut pœna inde perpetuo poſſit exigi. Proinde si pœna promiſſa accepto lata sit, non debet cogi arbiter ſententiam dicere. *L. Pomponius, D. eod.* Inde dictum pœna ſemel commiſſa ſolvi compromiſſum: ſcilicet, quia amplius pœna committi non poſſit: id eſt, quia efficiatur promiſſio inutilis. *L. non diſtinguemus, §. 1. L. si duo, §. ult. D. eod.* Finge arbitrium in diverſas cauſſas ſumptum eſſe, pœnam in omnes ſemel promiſſam, ni ſtetur arbitri ſententiæ. De una cauſsa dictam eſse ſententiam ab arbitro, eum porro qui damnatus erat, ſententiæ non paruiſse. Pœna in ſolidum adverſus hunc committetur. Hanc commiſsam placet amplius committi non poſse. Quæ res facit, ut quasi nec promiſsa sit, ſolvatur compromiſsum. Idem dicendum eſt, si desinat pœna ideo exigi poſse, quia promiſsor desinat eſse ſolvendo: ut quia bonis ſuis ceſserit. *L. item si unus, D. eod.*

VII. Quod iuris eſt pœna ab utroque non promiſsa, aut ita promiſsa, ut exigi non poſſit, idem eſt, ſi ab altero promiſſa sit duntaxat: non ab utroque ita ut vere dicatur compromiſsum. *L. litigatores, §. 1. L. Pomponius, §. 1. D. eod.* Quippe, hoc agitur ne fruſtra ſententiam dicat arbiter. Nunc antem fieri poteſt, ut ſententiam dicat adverſus eum, qui pœnam non promisit. Quod si fit, ſententia erit inutilis. Idcirco nec tunc cogitur arbiter ſententiam dicere, cum vel uni poſtea pœna accepto lata eſt, *d. L. Pomponius*, vel unus bonis ſuis ceſſit. *d. L. item ſi unus.* Cum Paulo sic recte concludemus ſummam rei eſse, *ut Prætor ſe non interponat, ſive initio nullum ſit compromiſſum, ſive ſit, ſed pendeat, an ex eo pœna exigi poſſit: ſive poſtea deficiat pœna ſoluto compromiſſo.* L. non diſtinguemus, §. *ſumma, D. eod.*

VIII. Animadvertendum tamen cur promiſſio ſeu ſtipulatio in pœna exigatur. Nempe eo exigitur, ut promiſſa pœna debeatur: quæ alioqui pacto deberi non poteſt. *L. iuris gentium, §. ſed cum nulla, §. quinimo, D. eod.* Finge pactum ad exactionem pœnæ, de qua convenit, ſufficere, ut interdum ſufficit, nihil exigimus amplius. Utputa, res, quas litigatores invicem dari velint: si non ſteterit arbitri ſententiæ, apud arbitrum depositæ sint eo pacto, ut ei daret, qui viciſſet: pro pleno compromiſſo id habebitur, & cogetur arbiter ſententiam dicere. *L. litigatores, §. 1. D. eod.* Scilicet quia in hac ſpecie id pactum sit, ex quo iure civili naſcatur actio, cum ambo ita depoſuerint rem apud arbitrum, ut il-

lic

Digitized by Google

lie paciſcenti redderet. *d. L. iuris, D. de pact. L. legem, C. eod.* Finge, ad pœnam acquirendam non exactione, ſed retentione tantum litigatori opus eſſe. Tantundem dicemus ex edicti ſententia: id tum evenit, cum ambo litigatores debitores invicem ſuerunt, ut pacti ſunt, ne petat, quod ſibi debetur, qui ſententiæ arbitri non paruit, *d. L. litigatores, §. interdam, D. eod.*

IX. Secunda cauſſa eſt ad excuſationem arbitri, ſi dicatur operam præbere non poſſe, ſine aliquo incommodo ſuo, periculove, vel valetudinis, vel famæ & honoris, vel rei ſamiliaris, & incommodum poſt arbitrium receptum inciderit. *Æ*quum eſt enim, ſic eum cogi ſententiam dicere, quia ſe dicturum receperit: ne tamen ei officium ſuum, quod litigatorum non ſui commodi cauſſa ſuſceperit, ſit damnoſum. *L. ſed ſi quis, D. quemad. teſt. ap. L. ſi ſervus, §. quod vero. D. de fur.* Prohibet valetudo, ſi aut arbiter poſtea in morbum incidat, aut ætas ingraveſcat. Proinde horum utrumque arbitro iudicandi munus remittit. *L. licet, D. eod.* Famæ & honoris periculum adit arbiter, ſi exortis poſtea inimicitiis capitalibus inter eum, & litigatores, nihilominus iudicet. Ut enim iudicet quam rectiſſime, non tamen effugiet, quin contra exiſtimetur feciſſe victus odio, aut animi aliqua perturbatione. Hæc cauſſa eſt, cur ſi inimicitiæ capitales, inter eum & litigatores, aut alterum ex litigatoribus interceſſerint, placeat eum ſententiam dicere non cogendum. *d. L. licet.* Quanquam, cur hic arbiter non cogatur, poteſt non inepte & hæc ratio reddi, quod litigatores inimicitiis ſuſceptis indignos ſe præſtent, quibus is, quem pro inimico habent, & quem offendunt operam præbent. Lædit & tunc officium, atque exiſtimationem arbiter, cum magiſtratus ei aut munus aliquod publicum obtigit, ſi dum operam privatis præbet, curam Reip. omittere cogatur. Ideo his incidentibus placeat eum eſſe excuſatum, ne ſententiam dicat. *d. L. licet.* in fin. *L. non diſtinguemus, § Sacerdotio, D. eod.* Agitur periculum rei familiaris, si qua occupatio urgens incidat, si iudicium publicum, privatumve, si neceſſaria profectio: quibus rebus vacare arbiter non poſsit, si cogatur de re cognoſcere, & iudicare. Quamobrem & his de cauſſis ſententiam dicere non cogitur. *d. L. licet.* in fin. & *L.* ſeq.

X. In cauſſa tamen valetudinis & similibus (similes intelligere debemus, occupationes, & eas incommoditates, quæ temporales sint, non perpetuæ) placet arbitrum ex cauſſa differre cogendum. Cauſſa erit si aut dies compromiſſo non erit adiectus: aut adiectus sit brevior, ita ut eo finito ſatis sit futurum ſpacii ad rem diſceptandam, & ſententiam dicendam: aut dies quidem exiturus sit, ſed ex conventione liceat arbitro diem proferre. Hæc ſententia *L. aut si qua, D. eod.*

XI. Tertia excuſationis cauſſa eſt, si ſe indignos præbuerint litigatores, quibus arbiter operam hanc navaret. Quod faciunt, aut eum infamando, aut auctoritatem, & iudicium eius ſpernendo: dum ad iudicem, aut alium arbitrum iverunt. *L. ſed si. 9.* in fin. & *LL. 2.* ſeqq. *d. L. licet, D. eod.* Adiicit tamen Ulpianus ex ſententia Iuliani in *d. L. 9. si arbitrum infamarint litigatores, non omnimodo prætorem debere eum excuſare: ſed cauſſa cognita.* Quod sic interpretandum puto, si videlicet litigatores ſordes, aut turpitudinem arbitri, quam detexerint, non probent: aut ipſe arbiter falſum eſſe probet, quod illi dixerint. Illud notandum nihil intereſſe, utrum ambo litigatores rem, de qua compromiſſum erat, in iudicium deducant, an unus tantum id faciat, ne arbiter cogatur ſententiam dicere, quanvis pœna adverſus eum, qui id fecit committatur. *L. si quis rem, D. eod.* Quod & uno arbitrum infamante admittendum puto.

XII. Quarta cauſſa eſt, si ſecus cogatur arbiter, quam licet per compromiſſum. Id evenit, cum sint tres arbitri, aut plures ſumpti, & prætor unum cogit, non cæteros. Sic enim ſumpti ſunt, ut simul ſententiam dicerent. Ita fit ut nemo unus cogendus ſit ſententiam dicere: ſed aut omnes aut nullus. Niſi tamen in plures compromiſſum ſit ea conditione, ut quam quilibet vel unus ſententiam dixiſſet, ei ſtaretur. *L. item si unus, §. item si plures L. non diſtinguemus, §. cum in plures, D. eod.*

XIII. Poſtremo affert excuſationem arbitri diei, quo cogitur conditio, ſi ſit feriatus dies. De quo ita ſcriptum eſt in *L. Pomponius*, in fin. D. eod. *Arbiter his diebus non cogitur ſententiam dicere, quibus index non cogeretur* (id eſt feriatis) *nisi dies compromiſſi exitura ſit, nec proferri poſſit. Proinde ſi forte urgeatur a Pretore ad ſententiam, æquiſſimum erit, ſi iuret ſibi de cauſſa non liquere, ſpacium ei ad pronunciandum dari:* hinc intelligitur, ſi dies compromiſſi exitura ſit, niſi feriatis diebus arbiter

ter ſententiam dicat: etiam his diebus illum cogi poſſe. Cui conſequens eſt, ut ſi per eos dies coactus ſententiam dixerit, pœna ex compromiſſo utiliter peti poſſit.

XIV. Si tamen lex dicta ſit compromiſſo nominatim ne die feriata diceretur: facit conventio, ut nec tum cogi poſſit arbiter per eos dies, cum dies exitura videbitur: præterea ut ſi ſententiam dixerit, quamvis cogente Prætore, tamen ſi petatur pœna, exceptio locum habeat. Hæc ſententia *L. si feriatis, D. eod.*

C A P. XII.

Quando ſententia ab arbitro dicta videatur.

Dicere ſententiam idem eſſe, ac ita de re controverſa pronunciare quod videtur. I.

Ut controverſiæ finis imponatur. II.

Et quidem toti. III.

Singulæ definitionis partes explicatæ. I. II. III.

I. SEquitur ſi ſententiam dicere volet arbiter, ut quæratur quando videatur dixiſſe, ne aut ante tempus agamus, ſi forte dicta non ſit; aut ſi dicta ſit, adhuc cogamus arbitrum aliam ſententiam dicere, quasi prius non dixerit. Et dicere ſententiam eſt, de re controverſa pronunciare quod videtur, ita, ut ea pronunciatione finis toti controverſiæ imponatur. *L. qualem*, in princ. §. 1. *L. non diſtinguemus*, §. *item Pedius*, *D. eod.* Eſt pronunciare de re controverſa, ex quo intelligitur eum, qui de alia pronunciat, non ſolum in ea nihil nocere, ſed etiam ei relinqui adhue, ut de controversia pronunciet. *d. L. non diſtinguemus*. §. *quæsitum*. & ſeq. Eſt pronunciare quod videtur, ut ſciamus dictam eſſe ſententiam, si arbiter, quod videbatur, dixit: quamvis prætor præſcriberet ei aliud, quod pronunciaret. *d. L. qualem*.

II. Finem controverſiæ ea pronunciatione imponi oportet: Quod quia non facit, non tantum is qui pronunciat de alia re, ſed etiam qui eadem de re incertam ſententiam dicit: conſequens eſt non modo inutiliter incertam ſententiam dici, ita ut ſententia nec proſit, nec noceat: ſed etiam ita, ut nec dicta videatur, eoque arbiter adhuc cogi poſſit ſententiam dicere. *L. quid tamen*, §. *Pomponius*, *D. eod.*

III. Et quod dixi, finem toti controverſiæ imponi debere, hanc ſententiam habet, ut ſi de una controverſia arbiter ſumptus ſit, aut de pluribus quidem, ſed inter ſe coniunctis, & communibus: is autem de parte tantum ſententiam dicat, perinde habeatur, quaſi in totum non dixerit, ut ſit adhuc a prætore cogendus. Idemque eſt, etſi de pluribus controverſiis, quamvis inter ſe ſeparatis, compromiſſum ſit, ſi modo ita ſit compromiſſum, ut arbiter de omnibus ſimul ſententiam diceret. Alioqui enim plura compromiſſa ſunt, & licet ſeparatim ſententiam dicere de ſingulis. *d. L. qualem*, §. 1. *d. L. quid tamen*, in princ. *L. Labeo*. *D. eod.*

CAP.

C A P. XIII.

De executione rei ab arbitro iudicatæ, & præcipue circa pœnæ perſecutionem, quis videatur contra ſententiam feciſſe.

Continuatio. Pro executione ſententiæ ab arbitro dictæ quæ remedia competant, & cui, & adverſus quem I. & ſeqq.
Pœnæ perſecutio ſoli adverſario competit adverſus eum qui feciſſe dicatur adverſus ſententiam II.
Quis taliter feciſſe dicatur, pluribus propoſitis quæſtionibus ordinata & apta ad ſingulas reſponſione definitur. III.

I. Dicta ſententia nihil ſupereſt, niſi, ut quæ de vi ſententiæ dicta ſunt, nunc denique ad rem conferantur, nempe, ut reus, qui ſententia arbitri dare, facere iuſſus eſt, aut actor qui vetitus eſt quid petere, ſententiæ (quæ quidem rite lata ſit) pareat, ſive æqua ſit, ſive iniqua. Ni paret, tum uti adverſarius, pro quo ſententia dicta eſt, illis remediis utatur, quæ ad executionem ſententiæ prodita eſſe diximus: id eſt, aut actione in factum rei, in quam reus condemnatus eſt, perſequendæ cauſſa, aut exceptione adverſus actorem conſtituta, qui contra ſententiam petat: aut pœnæ, quæ promiſſa eſt, ſi contra ſententiam fieret perſecutione. Sed eſt in uſu iſtarum rerum, quod etiamnum dubitetur: de quibus poſtulat hæc executio, ut breviter dicatur, quando videlicet his remediis locus ſit: quibus competant: & adverſus quos. Et quod ad actionem in factum, itemque exceptionem attinet, minus dubitatur, has ex ſententia arbitri inter eos locum habere, inter quos actum eſt: actionem quidem petitori dari adverſus eum, unde petebatur, qui dare aut facere iuſſus eſt: & dari ſtatim: niſi dies ſolutioni dictus ſit. (Nam hunc adiici poſſe & expectandum eſſe ſupra diximus) exceptionem autem competere reo adverſus actorem, qui contra ſententiam arbitri petat.

II. De pœnæ perſecutione in hoc quidem ambigitur, cum naſcatur ipſa ex compromiſſo, & non ſit compromiſſum niſi inter litigatores, hanc quoque ſimiliter uni tantum ex litigatoribus adverſus alterum competere; non ita, ut vel petitori ſoli detur, vel ſoli reo; ſed ut pariter utrique propoſita ſit adverſus alterum: quia ambo pœnam invicem ſtipulati ſint: non tamen competere ipſam ſimul utrique, nec ſtatim; ſed ineſſe in eo hanc conditionem, ſi quis ex litigatoribus adverſus ſententiam arbitri feciſſe dicatur: Ut proinde & tunc detur, & detur adverſus hunc ipſum ſoli eius adverſario.

III. Solum hoc præcipue dubitationem habet, quis videatur feciſſe adverſus arbitri ſententiam, non ſolum ut pœna committatur, ſed ita committatur, ut commiſſa ab invito exigi poſſit. Et abſoluto reo hæ ſunt dubitationis cauſæ adverſus actorem. Interdum arbiter nihil nominatim peti vetat, ſed ita pronunciat, videri Titium nihil debere Seio. Videturne ergo Seius petere contra ſententiam, qui verbis ſententiæ non eſt vetitus petere? Interdum vetat arbiter quidquam peti, idque generaliter: ſed tum, cum aut de omnibus controverſiis, quæ inter actorem, & reum intercedebant compromiſſum factum non eſt, aut cum non eſt actum de quibuſdam ſpeciebus. Ex quo dubitatur, num & hæ contineantur ſententia, quæ verbis ſententiæ continentur. Nonnunquam complectitur ille certum, quod peti vetet: ſed quoniam vetat actorem petere, & vetat a reo: ideo hæc quæruntur. Quid ſi non petat ipſe actor, ſed alius reus eiuſdem pecuniæ creditæ? Quid ſi petat ipſe, ſed petat ab alio, a quo peti non minus ipſius rei interſit? Reo condemnato hoc quidem conſtat facere eum adverſus ſententiam, ſi quod iuſſus eſt dare, interpellatus non det. Sed hoc quæritur, An hoc facto, ſic pœna adverſus eum committatur, ut ſi paratus ſit dare poſtea, evitet pœnam: quaſi iam contra ſententiam non faciat, & breviter de his hæc ſunt probata ordine.

IV. Cum arbiter ita pronunciavit, videri ſibi nihil Titium debere Seio, ſatis vi ipſa vetuit Seium petere, cum peti non poſſit, quod non debeatur. Itaque si quid petiiſſet, videtur contra ſententiam feciſſe. *L. quid tamen, §. si arbiter, D. eod.*

V.

V. Etsi plenum compromiſsum factum ſit inter litigatores: id eſt, de rebus, controversiiſque omnibus: etsi arbiter ita pronunciarit, ut vetaret a reo quidquam peti, si tamen de certis tantum rebus actum ſit; tamen ad eas tantum res ſententia pertinet: De cæteris autem cauſſis ſuperſunt actiones, *d. L. quid tamen*, *§. plenum*. *L. de rebus*. *D. eod.*

VI. Actor abſoluto reo non tantum adverſus ſenteutiam facit, si petat ipſe: Sed etiam si petat alter reus credendi ſocius. *L. ſi duo*, *D. eod.* Quod ita accipiendum puto, si is reus credendi, qui egerat & vetitus erat petere, factum correi probat, aut ad eum ſocietatis iure aliquid pervenerit de eo, quod exactum eſt. Non enim poteſt dici non ſtare ſententiæ, qui id agat, ut ſententiæ pareatur. *L. Celſus*, in fin. *D. eod.* Multo magis id facit adverſus ſententiam, si petat ipſe, quanvis ab alio: dum petat ab eo, a quo petendo, id ipſum aliqua via a reo auferat. Ut si petat a rei fideiuſsore, qui cnndemnatus regreſsnm habitnrus eſt ad debitorem. *L. adverſus*, *D. eod.* ut si petat ab alio reo debeudi ſocio. Quia neceſse ſit, quod unus ex ſociis per cauſsam ſocietatis ſolverit, huius partem alteri ſocio perire, *d. L. ſi duo*.

VII. Quod ad reum attinet, placet intereſse, utrum is simpliciter iuſsus ſit dare, an intra certum tempus, puta, intra calendas proximas. Si simpliciter: tamen neceſse quoddam modicum tempus: quod ubi præterierit, pœna ſtatim peti poſſit. Sic enim ſcribit Ulpianus in *d. L. quid tamen*, *§. ult.* Modicum tempus non male accipiemus, quod ſit tale, intra quod domo pecunia promi poſſit. Nec enim debitor cum ſacco venire debet. *L. quod dicimus*, *D. de ſolut.* Nisi malnmus modicum tempus decem dies interpretari. Quod eſt melius, ex *L. promiſſor*, §. 1, *D. de conſt. pec.* Pœnam poſt id tempus committi quidem, ſed ita, ut si reus ante iudicinm acceptum dederit, qnod iuſſus erat, pœna ex ſtipulatu peti non poſſit: Si quidem nihil interfuerit actoris tunc ſolvi. *d. L. quid tamen*, in fin. & *L.* ſeq. Quod si arbiter intra certum diem dari iuſserit, & datnm non ſit: licet poſtea offeratur: attamen ſemel commiſsam pœnam non evaneſcere. Qnoniam ſemper verum ſit, intra diem conſtitutum datum non eſse. Hoc in *L. Celſus*. Sane si creditor valetudine impeditus ſit, qno minus intra eum diem acciperet, aut alia quavis cauſa: pœna committetur. Sed si ille poſtea paratus ſit accipere, reus non impune dare recuſabit, *d. L. Celſus*, §. 1.

Digitized by Google

C A P. XIV.

Ad L. 1. D. de recep. Qui ar. rec. ut ſent. dic.

Differentiæ plures arbitriorum ab iudiciis indicantur. I. *Hi notantur, qui arbitria per omnia quaſi ſimilia eſſe iudiciis opinantur.* II. *Interpretatio* L. compromiſſum 1. D. de recep. & qui arbitr. recep. III.

I. EX his quæ de arbitriis diſſeruimus, intelligi poteſt, etſi compromiſſum ſive arbitrium iudicium eſt, multis in rebus cum iudiciis conveniens: plura tamen eſse, in quibus ab illis diſcrepet: ſive conſtitutionem arbitrii ſpectemus, ſive ſententiam, ſive circumſtantias ſententiæ dicendæ, ſive vim & auctoritatem. Nam ut ex multis pauca ſummatim colligam: de rebus omnibus recte agitur: non item de omnibus arbitrium conſiſtit. Uno ex litigatoribus mortuo, nihilominus iudicium perſeverat: at iſto modo ſolvitur compromiſſum. Arbiter ſi ita ſumatur, ut certam ſententiam dicat, [1] nullum arbitrium eſt: & ſimpliciter ſumptus non cogitur aliud pronunciare, quam quod videtur: In iudicio ſi convenerit inter litigatores, quid pronuncietur, oportet iudicem huiuſmodi ſententiam proferre. *L. ſi convenerit, D. de re ind.* In genere ſententiæ qualemcunque ſententiam arbiter dixerit, ei ſtandum eſt, ſive æqua ſit, ſive iniqua: [2] nec enim poteſt ab ea

Tom. VI. I i appel-

1) *Supra Cap.* 10. *n.* 11. *in fin.* vid. *& not. Lib.* 17. *Cap.* 3. *N.* 4. Unde Scala *Lib.* 4. *de Conſ. ſap. C.* 28. clauſula ea: ni arbiter ſententiam ferat iuxta huius vel illius prudentis conſilium, vitiari compromiſſum iure communi inſpecto cenſet, ſive ſtricte intelligatur ſive de boni viri arbitrio, niſi aliud conſuetudo loci ferat receptumve ſit.

2) Quod & Chartaginenſis Synodi *Cap.* 99. *& Cap.* 123. definitum eſſe naturæque arbitrii ac veræ rationi convenire, ſcribit Cuiac. *Conſult.* 12. *&* 9. *Obſ.* 23. Et ratio huius rei redditur in *L.* 27. §. 2. *h. t.* quia ſibi imputet qui compromiſit. Iudicio contendenti non eſt quod ita imputetur eum id ſubire, ſi reus, eo confugere, ſi actor, ſuo excidere nolens, neceſſe habuit. Incivile autem eſt quem arbitrum probaveris, eius arbitrium improbare, cumque ſponte delectos iudices faciant partes, quorum ſententiæ initio ſtare non cogebantur, æquum eſt boni conſulere quæ deciderint. Et ita iuſto decemviros caviſſe docet Ant. Maſſa. Galeſ. *de iudic. bon. fid. n.* 15. Sicuti in ſimili quæ contra iusiurandum neceſſarium proficiunt nova inſtrumenta non item contra voluntarium ut ſopra ſuo loco. Dices a iudice ex conſenſu litigantium accepta tamen appellari *L.* 23. *pr. de appell.* Reſp. Sed ibi conſentire omnino in aliquem, quicunque ſit, oportuit reum (ac quidem qui in decuriis eſſet ſelectorum vid. *not. ſupra Lib.* 17. *Cap.* 24. *N.* 22.) qui alias, quantumvis detrectans cognitionem iudicis ſi non huius aſt alterius paſſurus, & quod rem præcipue expedit, ibi conſenſum eſt ut in iudicem, nempe ut ex iure & legibus iuxta fidem actorum iudicii pronunciaret. Iure igitur de eius ſententia provocatio, ſive in iure ſive in facto iniquitatem ſovere dicatur. Arbiter vero & ex vi vocis ut Feſt. *Lib.* 1. eſt qui totius rei arbitrium & facultatem habet, nec ullis adſtricta vinculis eius religio, ut Seneca 3. *de Benefic.* 7. ac ſententiam ſuam non prout lex & iuſtitia ſuadet, ſed prout humanitas aut miſericordia impulit, regere poteſt. Præterea ad munus arbitri plerunque utriuſque partis amici eliguntur, quorum interventu ſpes eſt fore ut diſſentientibus conveniat, Lang. 5. *Sem.* 4. *p.* 233. *& ſeqq.* ubi a Cic. *pro Cecinna & alibi* domeſtici diſceptatoris & amici nomine arbitros innui oſtendit, & Pollet. 3. *Hiſtor. fori* 12. Neque ab hac Iuriſconſulti ratione diſcrepans ea, quam Imperator reddit in *L.* 1. *C. h. t.* quia nec iudicati actio ex ſententia eius præſtari poteſt, & ob hoc invicem pœna promittitur. &c. Vulgo ita accipiunt: Appellationis vis ea ut effectum ſententiæ, qui eſt actio vel exceptio iudicati, extinguat. Hic non naſcitur ex arbitrio. Ergo. Quam collectionem reprobat Coraſ. *in L. ſocietatem* 76. verſ. *arbitrorum pro ſoc. n.* 9. ſic accipiens, quod nullus iuris effectus inde naſcatur, cum aliæ ſententiæ a quibus appellatio, ſi non eſt iudicati, ut quæ iure nulla, alium tamen iuris effectum producant, cum qui dicit ſententiam, auctoritate publica exſequi poſſit. Verum non video qui iſta exſecutio ſententiæ invalidæ, quæ meri adeoque illiciti facti eſt, iuris effectus dici mereatur. Quin itaque in eo peccari puto quod quæ coniunctim ſibi probe conſtant, ſenſu compoſito, divelluntur, cum Imperator non ex eo ſolo inferat *quod iudicati actio non ſit*, ſed iuncta ea ratione, quæ potior eſt, *quod pœna invicem promittatur &c.* Atque hoc vult Imperator, quod fruſtranea ſit hic appellatio, cum nec ad pœnam evitandam proſit, quia conditio ſtipulationis, ni ſententiæ pareatur, ita maxime committitur, cum certum ſit non parere qui quantum in ſe eſt irritare nititur, nec ad vim iudicati ſiſtendam, quippe cum eam arbitri ſententiam non habeat, nec pœna illata amplius quidquam parti victæ verendum ſit. Nunquid igitur caſibus iis, quibus vis fere iudicati arbitrio tributa eſt, ut *ſupr. C* 10. *n* 23. *& ſeq.* & provocatio inde erit. Id haud equidem conſequens, cum utique in defectum virium iudicati principalis deciſionis ratio non conſiſtat, & quæ vera ac genuina eſt, utique perſiſtat. Scitum inſuper ne quidem ceſſante una ratione e pluribus diſpoſitionem deficere nec mutationem iuris, niſi expreſſim facta ſit intelligi. Plane ab arbitris ſtatutariis, ut vocant ſeu ad quos ex ſtatuti præſcripto cognati eunt, ut *N. ſeq.* appellationem vulgo concedunt, Sich. *ad L.* 1. *C. de Reb. credit. n.* 4. Mynſing. 4. *Obſ.* 68. Sicuti & iure appellatio ab arbitris aliis qui dicuntur, non ex compromiſſo ſumpti, ſed a prætore conſtituti, non ut de negocio principali, ut iudices dati, cognoſcant, ſed ut ſi quid privatæ contentionis, in curſu litis aut præparatoriis iudicii diſcutiendum id expediant, veluti an fideiuſſores idonei *L.* 9. *& ſeq. Qui ſat. cog.* an cauſſæ recuſationis iudicis iuſtæ *L. ult. C. de iudic.*. Quas LL. ita cum *d. L.* 1. conciliant Vaud. 1. Q. 14. Pac. 1. Q. 69. A. Fab. *ad d. L.* 9. Confer. Cuiac. 9. *Obſ.* 23. Gail. 1. *Obſ.* 33. *n.* 18. Athenis arbitriorum ex compromiſſo, quos [illegible] nuncupabant, ſententiam appellatione ad Areopagitas vel Theſmothetas ſuſpendi potuiſſe, ſcribit Ioach. Steph. *Lib.* 2. *de Iuriſdict. Cap.* 9. *n.* 50. *& ſeqq* interpoſito tamen iuramento non fraudandæ veritatis, ſed iniquitatis corrigendæ gratia hoc remedium implorari: Apud ſuos ab arbitris appellari, Cuiac. *Conſult.* 12. ut tamen pœna in compromiſſum deducta committatur, ſive confirmetur, deinde ſive infirmetur arbitri ſententia. Quo de & Bernard. Aurum. *not. ad Langl.* 5. *Sem.* 4. (qui iudicatum teſtatur eandem pœnam deberi etſi poſtea ab appellatione receſſum ſit.) Petr. Greg. 2. *de Appell.* 12. *n.* 18 Maynard.

appellari. *L. 4. C. de recept. arbitr.* In ſententia iudicis contra: quæ si nominatim contra leges lata eſt, nullius eſt momenti: si tantum contra ius litigatoris, tamen ab ea poteſt appellari. Sententia iudicis uno ex litigatoribus abſente, dum legitimis edictis evocato lata valet: arbitri ſententia, nisi utroque præſente dicta eſt inutilis. Si tres iudices diverſas ſententias dixerint, obtinet ea, quæ eſt favorabilior: si tres arbitri idem ſecerint, nulla valet. A iudice ſententia dici non poteſt, nisi in loco publico ad ius dicendum deſtinato: Arbiter quovis loco poteſt dicere, de quo actum ſit inter litigatores. Iudex diebus feriatis fruſtra ſententiam dicit invitis litigatoribus: arbiter contra. Sententia iudicis, a qua provocatum non sit, valet ipſa per ſe, quam ad rem actio iudicati comparata eſt, & rei iudicatæ exceptio. Sententia arbitri, non aliter, quam ope compromiſſi: nisi ea fecerint litigatores, de quibus cavent conſtitutiones Iuſtiniani. A ſententia iudicis appellari poteſt: ab arbitri ſententia nullo modo. Iudicandi munus quia publicum eſt, nemo detrectare poteſt: arbitrium 3 nemo recipere cogitur. Sunt quædam cauſſæ, propter quas quis excuſatur, ne ſententiam dicat, quanvis arbitrium receperit: & eæ complures: quæ non item iudicem excuſant, quominus iudicet.

II. Quæ cum ita ſint, apparet, errare eos, qui quod in *L. 1. D. eod.* dicitur, *compromiſſum ad ſimilitudinem iudiciorum redigi:* ſic interpretantur, quaſi per omnia ſint hæc inter ſe ſimilia: itaque ſtatuunt, quidquid in iudicio intervenire, & fieri a iudice oportet, ut iudicium ratum ſit: id quoque in arbitriis intervenire, & fieri oportere, alioqui nihil agi. Si hoc admittimus, deleamus iam ea omnia, quæ in Pandectis de hoc genere tradita ſunt a iuris auctoribus, quæ ſupra exſecuti ſumus. Quinimo deleamus etiam ipſas conſtitutiones Iuſtiniani, quæ ſecutæ ſunt poſtea, quæ propius arbitria ad ſimilitudinem iudiciorum revocarunt. Quanvis enim eæ actionem, & exceptionem dent ex ſententia arbitri, non ſecus, quam ex re iudicata: id tamen faciunt certis conditionibus, cum paſſim ea data oportuerit, ſi per omnia redactum eſſet compromiſſum ad ſimilitudinem iudiciorum.

III. Quid ergo reſtat, niſi ut animadverſis omnibus arbitrii partibus, in quibus nulla prope eſt, in qua non ſit aliquid a iudicio diſſidens. Sic illud Pauli dictum (ſi modo Pauli eſt, ita ut inſcriptio ſignificat) accipiamus, ut compromiſſum ad ſimilitudinem iudiciorum redigatur non per omnia: ſed fine ipſo & exitu, ſive poteſtate: quia fine videlicet eodem feratur: nempe, ad finiendas lites? Et quidem ut iudicio: ſic compromiſſo genere quodam iudicii, & compendioſo & certiſſimo lites finiuntur. Quod videtur. Et ideo Paulus in *d. L. 1.* cum dixiſſet; *compromiſſum ad ſimilitudinem iudiciorum redigitur:* ipſe continenter veluti interpretatus, qua in re redigatur, ſubiungit hæc verba, & *ad finiendas lites pertinet*. Non nego quibuſdam in rebus, nec his paucis compromiſſum comparari ordinariæ actioni. *L. non diſtinguemus, §. item ſi quis,* in fin. *D. eod.* Sed hoc contendo non comparari per omnia, ne quis forte, quicquid in officio iudicis exigitur, id putet continuo ad arbitrum transferri oportere. Quod ſi verum eſt: præter ea quæ ſupra a nobis ad vim arbitrorum expoſita ſunt, nihil in arbitrio & compromiſſo deſiderabimus.

HUGO-

nard. *Lib. 2. Deciſ. 65. & ſeq.* De appellatione ab arbitro an & quatenus & quando permiſſa vel recepta plura pete ex Mynſ. *d. Obſ.* 68. Wormſer. *T.* 24. *Obſ.* 6. P. Greg. *d. C.* 12. Maranta *P. 6. Tit. de Appell. n.* 261. *& ſeqq.* Covar. 2. *Var. Reſol.* 12. Paurmeiſt. 1. *de Iuriſdict. ult. n.* 26 Maynard. *d. Dec.* 65. *& ſeq.* Metchſner. *Lib.* 1. *Deciſ. Cam. n.* 3. 4. 5. *& n.* 24. Atque hæc Capiti huic ultimo ſubnotavi, aut verius feſtinus effudi, ne extremæ pagellæ vacuæ eſſent, cum in univerſa hac materia plura ſuppeterint, quæ omittere oportuit ob cauſſas in præloquio paucis expoſitas.

3) Etſi peccari contra charitatem velit, qui hoc denegat Munnoz. *de Ratiocin.* 8. *n.* 7. Sicuti nec ius commune litigantes compromittere in arbitrum compellit, uti iudicium in invitum exercetur *L. 27. §. 2. hoc tit.* vid. Wurmſer. *Tit.* 3. *Obſ.* 1. Scaccia 2. *de Iudic.* 2. *Q.* 1. qui excipiunt, niſi lis intricata ſit, quæ a iudice expediri nequeat aut metus maioris incommodi. Confer. Langlæ. 5. *Semeſtr.* 4. Plane ſtatuta pluribus locis Italiæ cum primis vigere legimus, quibus lites certarum perſonarum, pota parentum liberorumque invicem, & qui arctiori alio cognationis, aut neceſſitudinis vinculo connexi arbitris committi iubentur. Quæ ratione niti rataque merito eſſe adſtruunt de iiſdem fuſius tractantes, Horat. Carpan. *Statut. Mediol. Cap.* 115. *Vol.* 1. *n.* 1. 2. 3. *&c.* Scaccia *d. Cap.* 2. *Q.* 2. *n* 27. *& ſeqq. & Q.* 4. *ac ſeq. & paſſim*. Sunt & aliæ differentiæ. Nam nec cavetur iudicio ſiſti apud arbitrum ut in iudicio, neque qui compromiſſo victus de evictione actionem habet *L. 56. §. 1. de evict. &c.* Infamis arbiter eſſe poteſt *L. 7. pr. h. tit.* qui a iudicatione arcetur, quia arbitrium non eſt munus civile, ſed contractus privatus; & ſibi imputent qui talem elegerint, Freher 3. *de Infam.* 28. *n.* 12. Noctu an arbiter ſententiam vel laudum, ut vocant, ferre poſſit, vid. Pulyd. Ripa *de Nocturno tempore Cap.* 135. *& ſeq.* Hering. *de Fideiuſſ. Cap.* 12. *n.* 5.

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIUS AD TITULUM INSTITUTIONUM DE ACTIONIBUS.

CLARISSIMIS VIRIS,

ET

MAGNIFICIS DOMINIS,

PRÆTORI, CONSULIBUS,

SENATUIQUE URBIS LEIDÆ

HUGO DONELLUS.

S.

VErtitur hic iam annus prope quartus, viri ampliſſimi, ex quo me habet civitas & voluntas veſtra in eo munere docendi iuris, quod ex parte detuliſtis. Quo tempore toto dum Reipublicæ & vobis ſatisfacere ſtudeo, ita opera mea inter vos verſata eſt, ut confidam fidem & ſedulitatem in eo munere vobis ſpectatam eſſe, nec minus probatam æquitati veſtræ. Vellem, ſpectatus item eſſet animus, ſpectata mea erga vos obſervantia. Sic enim in

univerſo eo munere quas res mihi officii mei ratio erga vos præſcribit, abunde opinione mea eſſem conſecutus. Sed vereor, ne hoſpiti non contigerit. Hoc ſcio, omnem illam obſervantiam publico privatoque teſtimonio apud vos tamdiu caruiſſe. Atque utinam ne iniquitas temporum eam aliorſum verterit, atque erat. Atqui ut eam cum omni cultu me vobis præſtare æquum eſt, quibus optimo iure debetur; ita eam exſtare non minus ad officium virorum bonorum, ad exemplum recte facti, & grati Deo obſequii pertinere arbitror. Præſtandi multæ cauſſæ: dignitas veſtra; merita in Academiam, cuius & nos pars ſumus; nonnulla mea conditio privatim cum meritis veſtris coniuncta. In primis dignitas. Scimus enim, quem hic honorem Deus verbo ſuo exigat erga eos, quos populo ſuo in Rerumpublicarum adminiſtratione præeſſe voluit. Quam ad rem in clara & nobili civitate eminentiſſimo loco ab illo conſtituti eſtis. Nec exigendi ratio obſcura, reputantibus quantum ſit illud beneficium, quod ab inſigni opera & cura veſtra profectum manat ad omnes: certe cuius cauſſa vos a Deo conſtitutos eſſe eodem verbo docemur, ut placidam & tranquillam vitam agamus cum omni pietate & honeſtate. Academia ipſa quid vobis debeat, ultro nec invita de ſe profitetur. Etſi enim inſtitutione, auctoritate, & præſidiis communibus eos auctores & defenſores agnoſcit, quos oportet; tamen quod in urbem veſtram recepta eſt, quod ſemel recepta in ea vivit, & valet; totum beneficii veſtri eſt: quibus licuit, & licet repudiare. Neque hic conſtitit beneficium. Non enim ita paſſi eſtis illi locum eſſe in urbe veſtra, ut deſtitutam veſtro præſidio ipſam ſibi, aut aliis, quibus uti vellet, aut poſſet, regendam permitteretis; ſed ita voluiſtis eſſe veſtram, ut non aliter quam partem optimam & nobiliſſimam civitatis in curam & tutelam veſtram vobis cum ampliſſimis viris eius Curatoribus communem ſuſciperetis. Cuius curæ & adminiſtrationis ita eos, qui publicis ſtipendiis in ea Academia fruuntur, huc uſque non pœnitet, ut in eo ſtudium veſtrum in Rempublicam cum fide & conſtantia coniunctam experiri ſe omnes fateantur. Quo nomine publica ſtudia, & bonas artes, earumque ſtudioſos perpetua pietate & obſervantia vobis devinxiſtis. Mea autem privatim conditio quid hic a me exigat, ſatis me admonet. Quamquam enim non diffiteor, qui uſpiam gentium publicis ſtudiis iuvandis dant operam, & neceſſario aliquo aut utili munere in Academia recte funguntur, eos quovis honore dignos videri, iiſque ſæpe plus debere Academias, quam ipſos Academiis: tamen non ita me mihi ſurripuit hic amor noſtri, ut non meminerim, quiſquis

hic

hic ſum, hoſpitem certe me eſſe apud vos, cui plura quam indigenis & civibus conditio ipſa neſcio quomodo imponat. Sed eo magis, quod huius conditionis vinculum multis modis merita veſtra maius fecerunt. Vel hoc ipſum ſentio non in exigui beneficii loco mihi ponendum fuiſſe, quod vobis viſum eſt hoſpitem iam ab initio ut vocatum amanter, ita advenientem, cum omni ſignificatione benevolentiæ exceptum in numero civium veſtrorum habere ac complecti. Sed acceſſit propenſio & fides reliqui temporis: quo deinceps in iis quæ beneficio communi liberaliter conſtituta erant, ita a vobis habitus ſum ad hunc diem, ut in his percipiendis omnia veſtra in me humana, & exprompta, & cum fide ſumma exſtitiſſe libenter agnoſcam. Et hæc quidem iuris, meritique veſtri omnia; quæ & ipſa nequaquam me fugerunt. Enimvero ut in his cognitio mea fuit; ita beneficio Dei & officii ſtudium. Id quod ſi a pleriſque ſpectatum non eſt, velim, quæ veſtra æquitas eſt, ſic de me iudicetis, ſi qua in me in munere publico antea fides fuit, neque ei fidei obſervantiam erga vos parem, aut etiam maiorem, neque obſervantiæ teſtandi ſtudium, ſed teſtari cupienti facultatem & occaſionem defuiſſe. Quam cum nunc res & tempus obtulerint, feci quod officii ſui non ſecuros decet, ut oblatam cupide arriperem; ſimul in eo exemplum veſtrum imitarer, ut quoniam benefaciendo publice præiretis, ego pro virili agnoſcendo mutua pietate ſubſequerer. Cumque ad omnem teſtificationem ſummæ voluntatis, quam quidem a me exſpectetis, nihil haberem melius, quam ſi darem operam, ut inſigniore aliquo teſtimonio hæc ipſa exſtaret, adhibui hunc commentarium interpretem, qui publice apud alios, privatim apud vos hac opera fungeretur. Idcirco dicatum nomini veſtro iuſſi in publicum exire cum ſuperiore teſtatione; ut quo pluribus publice exponeretur hic labor, eo pleniore officio ut teſtatio, ſic & dignitatis ac meritorum illorum gratia ad quam plurimos perveniret. Neque dubitavi, quin ſcripti genus ipſum per ſe ad eam rem nonnihil invitamenti eſſet habiturum. Eſt enim in titulum Inſtitutionum De actionibus: id eſt, in optimum titulum iuris: cuius perſpecta utilitas, & celebrata inter omnes, qui de iure aliquid cognoverunt, tam multos omnibus ætatibus ad ſui cognitionem pellexit. Atque hoc publicæ teſtationis conſilium fuit. Quod reliquum eſt, commentarium ita comparatum privatim ad vos miſi, qui de animo non ingrati hoſpitis, deque perpetua erga vos obſervantia plenius & arctius coram apud vos teſtaretur. Eſtoque, ſi ita humanitas veſtra patitur, hoc munus a nobis, quando amplius offerre non licet. Munus ſi a re

æſtime-

æſtimetur, tanti faciendum quanti videbitur: ſi ab animo offerentis, eſt, cur de mutua benevolentia veſtra ſibi audeat omnia polliceri. Eſt enim ab integro, eodemque veſtræ dignitatis ſtudioſiſſimo, qualem forte vos in optimis & vobis deditis civibus iuvet interdum ſpectare.

Valete, viri ampliſſimi.

Lugduni Batavorum. Calend. Auguſt. CIↃ IↃ LXXXIII.

PRÆ-

P R Æ F A T I O.

SI Iuris civilis præcipue finis hic eſt, ut ſuum cuique tribuatur, tributum ut aliis obtinere liceat, obtinendi autem ratio ſita eſt in iudiciis, & recta iuris noſtri perſecutione; magnam in primis in eo iure utilitatem eſſe oportet partis eius, quæ poſteriorem hanc cognitionem recte informat. Si quis eſt autem locus in libris noſtris, qui id utiliſſime præſtet, is eſt titulus Inſtitutionum inſcriptus De actionibus. Nam quæ quæruntur in omni recta perſecutione, Quis cum quo recte agat; Quid petat, & Quantum; tum Quid ex unoquoque iudicio ſperare debeat, ne fruſtra experiatur: hæc omnia propoſitis ordine de unoquoque genere aptis diviſionibus is titulus commode complexus eſt: ut ſi quis ea cognitione inſtructus veniat ad agendum, metuere non debeat, ne non experiatur prudenter; & ſi quid in adverſariis petitionibus vitii aut calumniæ eſt, facile deprehendat; cumque obiicietur, facile refutet: ſi modo quæ vis ſit illarum diviſionum, & quem hic uſum præbeant, noverit. Sed & hoc in eo titulo præcipue ad commendationem. Nam cum ex Pandectarum, & Codicis latioribus libris fere ſumi ſoleant, quæ ſunt certa & abſoluta de ſingulis iuris partibus, quæque de his brevius, interdum etiam velut obiter comprehenſa ſunt in Inſtitutionibus, ex illis operibus vel ſuppleantur, vel explicentur; hic contra ſingulare quiddam evenit, ut nuſquam ita ex profeſſo & coniunctim hic locus de recte inſtituenda actione tractatus ſit, ut in eo titulo. Quinimmo eo titulo ea ſunt de actionibus tradita, quæ ad aliorum locorum de hoc genere cognitionem inde transferantur. Itaque non abs re is titulus tantopere commendatus eſt a veteribus interpretibus propter utilitatem. Sed quod in aliis rebus accidit, ut difficilia ſint quæ pulchra iuxta proverbium, hoc idem in hac parte accidit maxime, ut utilitatem & pulchritudinem rerum par difficultas ſit conſecuta, cum propter rerum varietatem, & incertitudinem, tum propter brevitatem huius tractationis. Ex quo tam multi commentarii in hunc titulum exſtiterunt. At non quo ſtudio, ita & ſucceſſu. Vicit enim in pleriſque difficultas, ut ſe res ipſa eiuſque utilitas ab his cerni non pateretur. Quod cum non lateret doctos & magnos interpretes pleroſque noſtra ætate, eandem & ipſi operam ſunt aggreſſi non ſine magno fructu & laude. Ego qui ſciam, quam non omnia ſemper occurrant omnibus, & quam non ſit omnibus in rerum explicatione mos idem, motus ſum rei utilitate, ut vellem hunc commentarium adiungere: non ut ſuperiorum commentarios excuterem de manibus ſtudioſorum, quod inſanum etiam fuiſſet cogitare; ſed ut cum illis conferrem operas, ſi quid forte ad cognitionem atque uſum optimarum rerum poſſem adiu-

menti

menti adferre. Et ſpero, qui utentur, eo ſe ad eas res adiutos dicent. Etiam me illa ſpes tenet, habituros hic ſtudioſos iuris, quo nonnullam ſitim, ſi quam forte in aliquibus huius operæ exſpectatio commovit, poſſint cum benevolentia explere. Res expoſui, pluribus fortaſſe, quam nonnulli exiſtimabunt convenire Iuſtiniani inſtituto, qui ſcripſit Inſtitutiones, id eſt, elementa iuris. Sed res hic traditas ſpectavi, utpote mihi propoſitas ad explicandum. Quæ ſi ſpectentur, vereor, ne ſcripſerim etiam paucioribus, quam res tanta explicari poſſe videatur. Quoniam autem hic diviſiones utiles ad iuris noſtri perſecutionem accommodatæ traduntur; putavi id negotii recte interpretanti plane dari, ut in ſingulis diviſionibus numerus actionum eius generis partitione; vis actionum definitione; uſus ſingularum iuris tractatione explicaretur: verborum atque orationis obſcuræ explicatione ad hunc ipſum uſum collata. Quod & ſum ſecutus. Mihi quidem utilitas & obſcuritas rei id poſtulare viſa eſt. In quibus omnibus uſus ſum brevitate rebus conveniente. Non illa, quam plerique putant, qui puerorum more brevitatem metiuntur lineis aut tempore: ſed illa, quæ in compendio orationis, res tamen ipſas ad quas tradendas confertur, retineret, non amitteret. Nam qui brevitatis & concinnitatis affectantes laudem ita ſcribunt, aut docent, ut omittant res cognitu neceſſarias, quo videantur celerius ad extremum perveniſſe; hi mihi videntur non tam breviter ſcribere, aut dicere, quam nihil. Qua brevitate qui delectantur, reperient tandem ſe illis non eſſe diſſimiles, qui dum cervicem & caudam bovis nacti ſint, totum ſe bovem habere arbitrentur. Hæc de inſtituto breviter monere viſum fuit. Tuus eſt hic labor, optime lector. Accipe, & fruere.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIUS
AD
TITULUM INSTITUTIONUM
DE ACTIONIBUS.

Partitio Inſtitutionum ad finem iuris conſequendum recte accommodata, & de eius ſententia. I.
Supereſſe hic quid ſit, & ad quam tractationem præcedentem referatur. II.
Actio non ius perſequendi ſolum, ſed maxime perſecutio in partitione iuris: & cur Iuſtinianus ius definiat, non perſecutionem. III.
Actio non inde dicta, quod rei agantur ad iudicia, ut putavit Theophilus, ſed agere eſſe tractare iudicio de re aliqua; unde & actio, ea tractatio. IV.
Ius facultas & poteſtas: & cur. V.
Ius non vis. VI.
Perſequi quid. VII.
Iudicium quid, & quæ eius partes, & quam ſit neceſſe hanc partem ita obſervari in hac. definitione. VIII.
Debere quid. IX.
Debere an etiam dici poſſit, cum quo in rem agitur, & an actio in rem definitione actionis contineatur. X.
Accuſatio interdum actio dicitur, minus proprie. XI.
Popularis actio an de eo quod nobis debeatur, & an in bonis noſtris. XII.
Iniuriarum actio an in bonis noſtris, & quando. XIII.
Officio iudicis quæ debentur, quatenus debentur, etiam eorum actionem eſſe. XIV.
In Reſtitutionibus in integrum, ut petitur debitum, ita & eſſe actionem. XV.
Actionis, petitionis, perſecutionis ſignificationem unam eſſe: docendi cauſſa hæc diſtingui. XVI.

Supereſt, ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud eſt, quam ius perſequendi in iudicio, quod ſibi debetur.

I. SUpereſt. Recte ſupereſt; id enim ſupereſt ex partitione iuris, quæ his libris ad tractandum propoſita eſt *tit. de iur. nat. gen. & ci. §. ult.* Partitio ea fuit, omne ius, quo utimur, vel ad perſonas pertinere, vel ad res, vel ad actiones. Partitio ad finem iuris conſequendum accommodata, eoque optima. Eſt enim hic finis iuris, ſuum cuique tribuere, ut declarant definitio iuſtitiæ, & præcepta iuris, quæ dicuntur *in L. iuſtitia D. de iuſ. & iur.* Ad hunc finem conſequendum neceſſe eſt & eſſe aliquid ſuum cuiuſque, & eius quod cuiuſque ſit, obtinendi, ſi negetur, aliquam rationem. Atque illud quod cuiuſque eſt, aut in perſona eſt ipſa cuiuſque, aut rebus externis. Quod perſonæ proprium eſt, habeturque in perſona etiam ſi quis extra ſe nihil aliud habeat, ut vita, incolumitas, libertas; id ius eſt, quod dicitur ad perſonas pertinere. Unde Ius, ſeu ſtatus perſonarum dicitur. *Inſt. de iure perſonarum,*

rum. & D. de ſtatu hominum. Quod eſt in rebus externis, quia aliunde habetur, quam a iure perſonæ, ideo proprie dicitur ius ad res pertinere: in quo de rebus acquirendis, conſtituendiſque deque earum iure agitur. Obtinendi utriuſque illius iuris noſtri ratio eſt in actionibus, id eſt, in perſecutione legitima iuris noſtri; ut recte dicatur hæc pars iuris pertinere ad actiones. Quod ſi ita eſt, quæ de iure civili recte inſtituitur tractatio, ſi ad iuris finem obtinendum fertur, ut ferri debet, neceſſe eſt omnem ad tria iſta omnino referri, perſonas ſeu ius perſonarum, res, & actiones. De iure perſonarum dictum eſt libro primo. De rebus libro ſecundo, & tertio, & nonnulla parte quarti ad hunc uſque titulum; nam in rebus numerantur etiam obligationes, de quibus proxime dictum eſt, ut declaratur ſupra, *tit. de reb. corp. & inc.*

II. Qui tribus membris propoſitis, de duobus prioribus tantum diſſeruit, huic neceſſe eſt ſupereſſe tertium, de quo dicat. Hæ vero ſunt actiones. Hoc eſt igitur, quod Iuſtinianus dicit, *ſupereſſe, ut de actionibus loquamur.* Nam illa ridicula Theophili ad titulum de obligationibus ſupra, & Accurſii ad hunc locum ratio eſt, qui dicunt ideo ſupereſſe, quia proxime actum ſit de obligationibus, quæ ſunt matres actionum, quia dicuntur obligationes actionem parere. *L. licet. §. ea obligatio, D. de proc.* Ut poſtquam dixit de matre, ſuperſit, ut videamus de filia. Primum hac ratione dici debuit hoc titulo non debuiſſe agi de actionibus in rem: quoniam hæ non naſcuntur ex obligatione, ut traditur *in §. ſequenti*, contra quam hoc titulo factum videmus; in quo pariter de actionibus in rem, & actionibus in perſonam diſſeritur. Ac prius etiam de actionibus in rem. §. 1. & deinceps. Tum autem hæc ratio ab inſtituto Iuſtiniani alieniſſima eſt; qui de obligationibus ſe dicturum nihil uſquam ante propoſuit: quidquid autem ſupereſt, non poteſt dici niſi ex rebus propoſitis ſupereſſe: aut ſi tractatum de obligationibus cum tractatu de actionibus coniunctum dicimus, ut fecit Theophilus, & ideo præmiſſum, quia obligatio eſſet mater actionis; ut ſic iam inde ab eo titulo ſit initium agendi de actionibus; dici debuit iam tum illud, quod hic ſcribitur, ſupereſſe nimirum iam tunc, ut de actionibus loqueretur Iuſtinianus; ſed ad eam cognitionem prius agendum de obligationibus.

III. *Ut de actionibus loquamur.* Recte Baro in ea partitione iuris, quam diximus, & ad quam hoc reliquum quod hic dicitur, referri debet, intelligi debere ait juris noſtri perſecutiones, actum perſequendi, non perſequendi tantum facultatem, quæ etiam tunc eſt, cum nihil perſequimur: aut ſi malumus, ſic actiones hic intelligemus iura perſequendi, ut ſint iſta iura quatenus ad rem conferuntur, coniungaturque ius agendi cum ipſa perſecutione, ut in Pandectis factum videmus, cum ad actiones ventum eſt. Nam ſi actionem intelligimus tantum ius perſequendi, actio res erit incorporalis itidem ut obligatio: omnia enim quæ in iure conſiſtunt, in numero rerum incorporalium habentur. *Inſt. tit. de reb. cor. & inc.* Sed & hoc ſenſu omnia quæ ſunt in actionibus, eadem in bonis, id eſt, in rebus noſtris numerantur. *in L. bonorum D. de verſ. ſig.* Nunc autem ſic partitio ſuperior diſtinguit actiones a rebus, ut appareat in numero rerum actiones quæ illic nominantur, non haberi. Quod non fit aliter, quam ſi actionis verbo non ius tantum perſequendi, ſed & perſecutionem ipſam quæ fit iudicio, intelligamus. Et vero id accipi fini illius partitionis convenit. Eo enim accommodatam partitionem eſſe diximus, ut quod ius præcipit, ſuum cuique tribuere, id conſequeremur; quod poſitum eſt in eo, primum ut norimus quid ſit ſuum cuiuſque; deinde ſi id non tribuitur a volente, ſit conſtituta ratio, qua obtineatur ab invito. Hæc ratio in facto eſt. Poſita eſt autem in actionibus, & perſecutionibus iuris noſtri. Quapropter actionum verbo eas perſecutiones, hanc obtinendi iuris rationem, quæ ad rem confertur, ex ſententia & fine partitionis intelligere debemus. Qui fit igitur, ut Iuſtinianus actionem de qua agitur, ſtatim definiat ius perſequendi, non perſecutionem, & ſic deinceps de actionibus ut de iure perſequendi diſſerat, non ut de perſecutione & iudicio? Quia ad explicandam eam perſecutionem facti, quam quærimus, neceſſe habuit id facere natura rei id poſtulante. Non enim quælibet perſecutio iuris noſtri recepta eſt, ſed ea quæ inſtituitur pro eo iure agendi, quod cuique iure publico datum eſt. Ita ad perſecutionem iſtam intelligendam prius ius agendi ſtatui oportet. Atque ut forte non neceſſe eſſet id facere; tamen ad id de quo quæritur, ita pertinet, ut qui hoc docet, ſimul id de quo agitur, doceat, atque adeo hoc ex illo multo facilius & commodius intelligatur. Hoc enim cognito, quod ſit ius agendi cuiuſque, quid hic cuique ius concedat, ſtatim & quidem optima ratione intel-

intelligitur, quam hic perſequendi rationem inſtituere, & quomodo in ea pro iure noſtro nos gerere debeamus: id autem eſt, de quo quæritur.

IV. *Actio autem*. Actionem definit ius perſequendi: ſive placet dici ius perſequendi, ſive perſecutionem, merito quæritur, quam id origini verbi conveniat. In quo explicando quia ineſt definitio nominis, recte fecerimus, ſi de ea prius diximus, quam de definitione rei, quæ hic explicatur: quod tamen non eſſet neceſſe de jure agenti, niſi origo & ſignificatio verbi videretur hanc definitionem non pati. Conſtat enim actionem dici ab agendo. Quid eſt autem, dicat aliquis, in verbo agendi, ex quo hæc perſecutio judicii, quæ dicitur in definitione, intelligatur? Et Theophilus id explicans hoc loco [1] ſcribit actionem dictam ab agendo, eo quod improbos & perfidos ad judicia agamus, id eſt, invitos trahamus. Quod ex iure vetere ab eo dictum, eoque & recte dictom exiſtimari poteſt: ſic enim ius olim fuiſſe conſtat, quod & in Pandectis relatum eſt, ut ſi quis in ius vocatus non iret, invitum ducere, id eſt, agere liceret. *tit. D. in ius vocati ut eant*. de quo more alias plura. Et hanc rationem ab illo acceptam etiam viri docti plerique ſunt ſecuti. Non ſatis attente meo iudicio neque illi, neque Theophilus. Nunquam enim verbo agendi cum ad iudicia refertur, ita uſi ſunt veteres, ut hoc verbo idem ſignificarent, quod ducere, trahere: quod certus & perpetuus uſus loquendi veterum declarat. Interdum enim dicunt agere cum adiuncto; interdum agere ſimpliciter. Cum adiuncto hoc modo, ut dicant vel agere cum aliquo, vel agere iudicio, agere interdicto. Simpliciter, ut cum dicimus non licere alicui eo nomine agere, alicui eo nomine eſſe actionem, aut non eſſe. In adjunctis ſuperioribus nemo eſt qui non videat agere nihil minus ſignificare quam trahere aut ducere invitum. Non enim dicimus trahere cum aliquo, ſed trahere aliquem; nec ducere cum aliquo, ſed ducere aliquem: sic nec in eadem ſignificatione liceat dicere agere cum aliquo, ſed agere aliquem invitum. Illud vero agere iudicio perſpicuum eſt non ſignificare trahere & ducere aliquem iudicio. Ducimus ad iudicium non iudicio: ducimns & trahimus manu & corpore noſtro, non iudicio: & ducimus antequam iudicium ullum eſſe cœperit. Quod si qnando lectum eſſet apud veteres aut in uſu iuris dici: agere aliquem de reo, qui in ius vocatur, aut ducitur: eſſet cur admitti poſſet ducendi & trahendi ſignificatio in verbo agendi. Nunc autem perpetuus hic uſus eſt veterum in legibus, edictis, & ſcriptis omnibus, ut eum qui iudicio convenitur, id eſt, reum, verbo forensi, circuitione usitata nominent eum cum quo agitur. Sic nominatur in edicto de iureiurando interprete Ulpiano *in L. 3. D. de iur.* sic nominatur *tit. Inſt. de excep.* in pr. sic ex uſu veterum iuris auctorum Cicero cum alibi ſæpe, tum lib. 2. de inventione. *Agit is*, inquit, *cui manus præciſa eſt, iniuriarum: poſtulat is, qui cum agitur, a prætore exceptionem, extra quam ſi in reum capitis præiudicium fiat. Hic is qui agit, iudicium purum poſtulat: ille qui cum agitur, exceptionem addi ait oportere*. Nunqnam ergo agendi verbum proponitur cum adiuncto in iudiciis, ubi agere interpretari poſſimus ducere aut trahere invitum. Quid, cum ſimpliciter [2] agere aut actionem nominant veteres, an videntur hoc verbo ullam eiuſmodi ductionem aut tractionem ſignificare? Nullo modo. Demus enim eum, qui in ius vocatus venerit ſponte, atque etiam litem erit conteſtatus. Nemo dubitat, quin recte dicatur judicio cum eo actum eſſe, & quod indicium adverſus eum inſtitutum eſt, eſſe actionem. Non convenit aotem omnino eum dici actum eſſe, qui ſponte fortaſſe & libens venerit. Demus etiam aliquem invitum trahi in ius. Ne huic quidem tribui poteſt, ut dicatur agi in ius pro eo quod eſt, invitum trahi. Ad hoc ſignificandum uſi ſunt veteres dncendi verbo, non agendi, ac ne agendi qoidem verbo recte uti potuerunt. Agimus iumentum aut vehiculum, quæ ante nos promovemus, ut præcedant, nos ſequamnr: unde actus ſervitus. *L. 1. D. de ſer. ruſt. pr.* Ducimus homines, vel quos mano aut corpore apprehenſos ducimus, vel quibus ita viam indicamus, ut vel ſequantur præeuntes, vel nna nos comitentur. Ad hanc quidem coactionem ſignificandam de qua loquimur, ubique legi-

Tom. VI. Kk 2

1) *In pr. I. de act.* & probant Baro *ibid.* P. Gregor. 21. *Synt.* 8. *n.* 2. & A. Fab. 20. *Coniect.* 9. *p.* 110. Id Græculi, inde quia ipſorum ſimile verbum eſt, ἄγειν, ut ſac. Curt. 1. *Coniect. ad Fr.* 15.

2) Et hæc vox forenſi modo uſurpata, nec ductionem tractionemve ſignificat, ſi ſimpliciter ponatur, ut licere alicui agere; nec ſi cum adiecto, agere in iudicio, non ad iudicium, agere iniuriarum, iudicati &c. Nec omnem vi ducere, in ius neceſſe, ſed reſiſtentem, nec minus actio, ſi lubens eat, Giſan. *ad L. 28. de O. & A. n.* 3.

legimus veteres ducendi verbo uſos eſſe, agendi nunquam. Terentius in Eunuch. act. 4. ſc. 6.

Si vim faciet, in ius ducito hominem...

Cicero lib. 2. De Orat.

ut apud Nevium videtur eſſe misericors ille, qui iudicatum duci videns percunctatur ita: Quanti addictus? mille nummum: ſi addidiſſet tantummodo, ducas licet; eſſet illud genus ridiculi præter exſpectationem: ſed quia addidit, Nihil adde, ducas licet; addito ambiguo altero genere ridiculi, fuit, ut mihi quidem videtur, ſalſiſſimus. Paulus *in L.* 2. in fin. *D. ſi. ex nox. cau. ag.* ſed si ſervus præſens eſt, & dominus abeſt, nec quiſquam ſervum defendit; ducendus erit iuſſu prætoris. Quid interdictum, quo agitur, ut filium qui in poteſtate noſtra eſt, nobis velut auferre, & domum cogere liceat, nonne de liberis ducendis conceptum eſt a prætore, non autem de agendis? *L.* 3. *D. de lib. exh. item duc.* Unde Ulpianus ius hoc quod patri edicto tribuitur, non actionem vocat, ſed ductionem; ius ductionis, non actionis, *d. L.* 3. in pr. *hoc interdictum*, inquit, *pertinet ad ductionem, ut ducere quis poſſit eos, in quos habet ius ductionis*. Non igitur profecto ab eo, quod reum in ius ducere liceat, actio dicta eſt: quam hac ratione ductionem dici oportuerat, non actionem. Quid ergo eſt? Animadverto hæc verba agere cum aliquo, a Latinis, probatiſque auctoribus omnibus, præcipue noſtris sic uſurpari, ut sit tractare cum aliquo de re aliqua, quo ab eo impetremus: petere ab eo & contendere, ut quid præſtet, faciat. Exemplorum plena omnia; uno aut altero contentus ero. Cicero de amicitia; *cum enim ſæpe mecum ageres, Attice, ut de amicitia ſcriberem aliquid*. Id eſt, cum ſæpe mecum tractares de ea re, ſæpe a me contenderes, peteres, ut de amicitia ſcriberem. Idem ad Atticum lib. 5. *Is egit mecum accurate multis verbis, ut tibi reſponderem*. Id si uſquam, fit maxime in inſtituendo iudicio, & iure noſtro perſequendo: tractat enim actor cum reo de eo quod illum dare facere oportet, & petit, ut præſtet. Unde 3 agere, & actio pro ea tractatione. Quod a veteribus hic intelligi non aliud eſt argumentum certius, quam quod dicimus non agere aliquem, ſed agere cum aliquo, *ut aliquoties in* §. 1. ſeq. item quod reus dicitur a veteribus, ut ante oſtendi, non is qui agitur; ſed is cum quo agitur, & ut Cicero loquitur, qui cum agitur. In qua oratione non aliud licet intelligere ex adiuncto, quam illam ipſam tractationem & contentionem cum aliquo. At petimus & contendimus quid ſæpe ab adverſario extra iudicium: petimus etiam ab amico, quod ille non debeat, Neque tamen uſu iuris aut hic agere dicimur aut hic eſſe actio. *L. amplius. D. rem rat. hab.* Nempe quia ius hic effectum rei ſpectat, non nudam petitionem, quæ effectum petitionis iure non habet. Si quis quid petit extra iudicium, eiuſmodi eſt, ut nec cogatur actor præſtare in ea petitione, & reo petitionem contemnere liceat: quod perinde eſt iure, quaſi petitum non eſſet. Tunc igitur & tractatur ſerio, ac res effectum habet, cum agitur iudicio: ubi reo defugere impune non licet. Merito igitur tunc primum ab effectu agere dictum, & actio, non ante. Nam nec petere in uſu iuris dicitur is, qui extra iudicium petit; ſed ſolum qui iudicio, & litem eſt conteſtatus, *d. L. amplius rem rat. hab.* Sic tamen iudicio cœpto agere dictum, ut nihil aliud intelligamus, quam eum qui iudicio petiit, ſerio & vere cum adverſario de re petita iudicio tractare cœpiſſe; cœpiſſe cum eo de re, & iure ſuo experiri, ut quod voluntate non potuit, iure iudicioque ab invito teneat. Denique non alia forma verborum dictum eſt agere cum aliquo privato; quam agere cum populo. Quid eſt autem agere cum populo? Id A. Gellius ſic explicat *lib.* 13. *cap.* 14. rogare quid populum, quod ſuffragiis ſuis

aut

3) De varia vocum *agere*, & *actio*, acceptione, uſu iuris vid. Ludov. Gomeſ. *in pr. I. h. t. n.* 7. qui novem ſignificatus refert, Benincaſſa *in Præf. ad h. t. n.* 116. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 13. qui ſignificatione maxime reſtricta, condictiones venire ſcribit, latiori vindicationes, quoque; adhuc latiori extraordinarias perſecutiones, ex officio iudicis; generaliſſima denique omnes actus legitimos, vid. Val. Guil. Forſt. *Tract. inſtin. P.* 2. *Diſp.* 1. *Th.* 1. Etſi vero actio & cauſſa ſæpe, ab auctoribus, tum aliis, tum noſtris, promiſcue ſumi videntur; non confundendæ tamen, nec idem ſunt, ut poſt Placentin. Vacon 6. *Declar.* 89. *n.* 7. quem refellit *L.* 14. §. 2. ibi: *cum in rem ago non expreſſa cauſa*, D. de exc. *rei iud.* Differuntque, ſive cauſa ſumatur pro lite, ac controverſia, ut in *L.* 8. *pr. D. Mandati & ſimil.* (ſicuti advocati cauſas agere dicunt) ſive titulum, ex quo agitur, ut *d. L.* 14. §. 2. Qui & actione ſublata, manet; veluti ſi quod mihi debes ex empto, ſolveris, actio & obligatio perempta, titulo pro emptore manente. Et ubi actio variatur, quandoque cauſa eadem, veluti cum de dolo parentis, patronive agitur, non actione concepta de dolo, ſed in factum, Dynus *ad pr. I. de act. n.* 22. *& ſeq.* Gomez. *ibi. n.* 24. & Vult *n.* 99. Benincaſſa *n.* 163. *& ſeqq.* Sequi vero dicitur cauſa, obligationem *d.* §. 2. ſcilicet in libelli compoſitione, quanvis ordine naturæ eam præcedat.

aut iubeat, aut vetet. Hoc vero nihil aliud eſt, quam de hac ipſa re tractare cum populo, id agentes ut iubeat, aut vetet, idque ipſum ab illo impetremus. Sed quoniam fit rogando, ut fert maieſtas populi: non exigendo, quod ille non debet: ideo recte dixit A. Gellius id eſſe, rogare quid populum, quod iubeat, aut vetet. Non alia igitur nec in privatis huius formulæ ſignificatio eſt, quam ut cum dicimus agere cum aliquo, intelligamus tractare cum eo de re aliqua, ut impetremus: nec tamen quovis modo tractare, ſed efficaciter: quod fit iudicio. Eadem verbi agendi ſignificatio eſt in iudiciis, & cum per ſe ponitur ſine adiuncto: intelligitur enim agere iudicio: quod eodem redit. Nam & experiri iudicio dicimus, idque frequentius. Dicitur tamen & abſolute experiri, ut intelligatur experiri actione, experiri iudicio: quæ paſſim legenti in libris noſtris occurrent. Cicero pro Cecina: *Quid agas mecum ex iure civili aut prætorio, non habes.* Idem pro Quintio, *Ego experiri non potui.* Hinc ergo tractatio illa cum aliquo, & contentio iure ſuſcepta actio appellata: ut ſit actio, ſi verbi ſignificatio & origo quæritur, ius agendi non aliquem, ut ex ſenſu Theophili intelligi debuit; ſed agendi & tractandi cum aliquo, de ea re videlicet, quam iudicio ab eo tenere & conſequi volumus.

Actio autem nihil aliud eſt, quam ius perſequendi.

V. Ius, id eſt, poteſtas iure tributa, ut in definitione uſus fructus, itineris, viæ, actus, & ſimilium. *L. 1. D. de uſuf. L. 1. D. de ſer. ruſt. præd.* Quæ ſignificatio non ex proprietate verbi eſt, quo ſignificatur ius naturale, gentium, aut civile, & omnino quæcunque lex eſt, quodcunque præceptum, quod recta ratio naturalis, aut civilis inter homines conſtituit. *L. omnes D. de iuſ. & iur.* Sed ineſt in eo figura uſitata, metonymia: qua ius continens accipit contenti ſignificationem: ut ſit ius non lex, non ipſom illud quod conſtitutum eſt; ſed id quod iure continetur, id eſt, quod iure tribuitur; quod iure cuique licet facere. Inde illa: ius ſuum perſequi, ius ſuum obtinere, ius ſuum cuique tribuere, nulli ius ſuum detrahere. *L. iuſtitia. D. de iuſ. & iur. L. 2. D. de his qui ſunt ſui vel al. iur.* In quibus non intelligimus id, quod quiſque legiſlator conſtituit, ſed quod lege cuique habere conceditur, quod perſequi, & de quo certare, ut ſibi id tenere liceat. Nec alia, opinor, hujus verbi ſignificatio eſt, cum dicimus aliquid ſuo iure agere. Mitio apud Terentium

in Adelph. Act. 1. Sc. 1.

Do, prætermitto, non neceſſe habeo omnia
Pro meo iure agere . . . .

Pro meo iure, valet, pro eo quod mihi iure ac lege licet in filiam ſtatuere, pro imperio & poteſtate, quam patri ius noſtrum concedit. Hinc ad nomen iuris faciendi verbo addito, ut dicatur ius utendi, ius eundi agendi; poteſtas & facultas eius rei ſignificatur lege conceſſa. Itaque ius perſequendi hoc erit, quod dixi, facultas perſequendi lege tributa.

VI. Ius per metatheſim ſi quis dici velit, ut ſit ius quaſi vis & neceſſitas quæ nos teneat; non improbabiliter dicatur fortaſſis alio loco, ubi ius poteſtatem quid faciendi non ſignificet. Ut autem hic dicatur, natura actionis, & poteſtatis omnis iure tributæ non ſinit. Neque enim actio dici poteſt vis aut neceſſitas perſequendi, cum unuſquiſque quod ſuum eſt, aut ſibi debetur, perſequi poſſit, ſi vult; ſi non vult, nulla cuiquam neceſſitas ſit perſequendi *L. 1. C. ut ne. ag. vel ac. cog.*

VII. *Perſequendi.* Perſequi eſt eo uſque ſequi, donec aſſequamur. Translatio a feris fugientibus huic loco convenientiſſima, cum de reo conveniendo & noſtro obtinendo agitur. Nam reus dum ſolvere & præſtare quod petitur, detrectat, fugere videtur. Unde & Græci reum 4) φεύγοντα vocant. Sed & rei intentionem de fugiendo efficiunt, ut res quoque ipſæ quas petimus, una nos fugere videantur: quas laboramus obtinere, neque tamen per fugam rei poſſumus. Fugientes res quibus inſtamus, recte dicimur ſequi. Quod ſi eo uſque ſequimur, donec conſequamur, recte perſequi dicimur. Id autem fit agendo iudicio. Unde actio recte dicta ius perſequendi iudicio. Hinc

4) Vid. *not. Lib.* 17. *Comm. civ. C.* 4. *N.* 5. Et hoc quoque verbo exceptiones, quæ proprie actiones non ſunt *L.* 8. §. 1. *de V. S.* excluduntur, quibus rei non petunt, aut perſequuntur, ſed perſecutiones repellunt. Dyn. *in pr. I. h. t. n.* 13. Gomeſ. *n.* 49. Mynſ. *n.* 7. Vult. *n.* 7. 103. Harprecht. *n.* 11. Gœdd. *ad d. L.* §. 1. *n.* 4. in quo & differt a bonorum poſſeſſione *L.* 3. §. 2. *de bon. poſſ.* quæ non tantum in agendo, ſed & patiendo, cum non minus creditores hereditarii bonorum poſſeſſores conveniant, quam debitores, ab illis conveniantur, vid. Hot. *in pr. I. h. t. v. perſequendi* Vult. *ibid. n.* 105.

Hinc intelligimus omnem actionem perſecutionem eſſe. Sed docendi cauſſa, quo ſpecies actionum ſuis quæque nominibus notatæ magis intelligantur, diſtinguuntur iſta in uſu iuris, ut aliud ſit actio, aliud petitio, aliud perſecutio. *L. pecuniæ. §. actionis. L. bonorum. D. de Ver. ſig.* De quo paulo poſt plura in verbo, *debetur*.

VIII. *Iudicio*. Iudicium non male ita definiatur, legitima actio de re controverſa inter actorem & reum apud iudicem conſtituta, cauſſæ tractationem inter litigatores, & iudicis de ea re tum cognitionem, tum ſententiam continens. *Legitima actio:* quia omnis iudicii tractatio certo ordine & progreſſu iure conſtituto conſtat, ut partes iudicii ſubiectæ oſtendunt. Huius actionis & tractationis partes ſunt, iudicii conſtitutio, ſeu litis conteſtatio; cauſſæ tractatio & cognitio; tum ſententia & pronuntiatio iudicis. Prima iudicii pars litis conteſtatio. Unde iudicium cœptum dictum, cum lis eſt conteſtata. *L. 1. C. de iud.* iuncta *L. lite. D. de Uſur.* Hanc ſequitur cauſſæ cognitio: poſita in his cognoſcendis, quæ ad cauſſam pertinentia a litigatoribus acta & probata ſunt. Hæc ita eſt neceſſaria, ut etiam ipſo iure nullius momenti ſit ſententia, quæ lata ſit cauſſa non prius iudici diligenter cognita. *L. iudices. C. de iud. L. ex ſtipulatione. C. de ſent. & int.* Summa pars & præcipua, ex qua & iudicium appellatur, eſt ſententia & pronuntiatio iudicis, huius condemnationem aut abſolutionem continens: ac tum dicitur res iudicata, cum hac pronuntiatione res finem controverſiarum accepit. *L. 1. D. de re iudic.* Ex hac parte ſola, ut dixi, proprie iudicium appellatur. Eſt enim iudicare Varroni *lib. 5. de ling. lat.* dicere ius ſeu quid iuris ſibi videatur de re aliqua, & quibuſdam verbis dicendo rem finire: quod tum facit quiſque, cum fert ſententiam. In litis autem conteſtatione, & cauſſæ diſceptatione atque cognitione nulla eiuſmodi iuris & ſententiæ dictio eſt. Sed tamen hic quoque iudicii partes eſſe dicuntur, non tam proprietate verbi, quam rerum iſtarum cum ſententia neceſſaria coniunctione: quod ſcilicet iure hæ ita ad vim iudicii & ſententiæ antecedere debeant, ut ſine his nullum iudicium ſit, nulla ſententia: quæ res facit, ut cum in his conſtat vis ſententiæ, eædem quoque huius vis, proinde & ſententiæ efficacis partes ſint, a quibus iudicium incipere, ſic deinde ad ſententiam progredi debeat. Iudicii adiectio & ſuperior definitio in primis hoc loco notanda. Nam prius nos admonet, quantum cuique tribuatur, ad res ſuas repoſcendas: poſterius, quantum iudici ad cogendos eos, cum quibus apud eum agitur. Iure civili nihil amplius cuiquam tribuitur ad res repetendas, quam actio. *L. exſtat. D. Quod met. cau.* Quod omnia prætorum edicta declarant, quibus illi hoc ſolum pollicentur ſe actionem daturos. Quare ſi actio ius eſt perſequendi, ſed iudicio: ſtatim verbo iudicii admonemur, ad res repetendas iudicio opus eſſe, vim privatam prohiberi: nulli denique licere quod ſuum aut ſibi deberi putet, vi & auctoritate ſua auferre, ſibique in re ſua ius dicere: quod & diligenter conſtitutionibus proviſum eſt, pœna adverſus vim varie conſtituta, ut *d. L. exſtat. D. Quod met. cau. L. ſi quis in tantam. C. unde vi. §. 1. Inſt. de vi bo. rep.* Cum autem iudicium eſſe dixerimus, quod præter ſententiam iudicis etiam in eo cauſſæ cognitionem diligentem deſideret: hoc etiam accedit de poteſtate iudicis, & ratione cogendorum reorum ad ſolutionem, ut intelligamus negantes debitores a iudice armata vi aut alio modo terreri non debere: ſed prius convinci oportere, convictos damnari, ſic denique damnatos remediis iuris ad ſolutionem urgeri, quod & diſerte cautum eſt in *L. negantes. C. de ob. & act. L. 1. C. de exſe. rei iud.*

IX. *Quod ſibi debetur*. Ex hoc verbo incidit hæc definitio in reprehenſiones vitioſæ definitionis. Nam & quædam actiones videntur hoc verbo non contineri: & rurſum eodem verbo quædam comprehenſa, quæ non ſunt actiones: ut & illa parte anguſtior ſit definitio: hac latior definito; vitia duo nota in definiendo. Ac videamus primum, an non multæ ſint ſpecies, ex quibus perſequamur quod nobis non debetur, ut non contineantur debendi verbo: actiones tamen ſint. Nam cum duo genera ſint actionum; in rem, & in perſonam: de quo eſt *in §. ſequenti*. primum hoc verbo in univerſum non continentur actiones in rem; deinde ex actionibus in perſonam non videntur hæ contineri, popularis, iniuriarum, accuſatio: quæ tamen & ipſæ ſunt & nominantur actiones. De quibus priuſquam recte ſtatuatur, cognoſcendum eſt, quid ſit debere, & quæ hoc verbo contineantur: ſic enim intelligemus, utrum eo verbo contineantur ſuperiores ſpecies, necne. Et debere quiſque, ſeu debitor eſſe intelligitur, a quo invito pecunia exi-

gi poteſt: ſic definitur *in L. debitor. D. de Ver. ſig.* Ergo is, qui tenetur neceſſitate eius pecuniæ præſtandæ: ab eo enim invitò ſolum pecunia exigi poteſt, qui & neceſſe habet, quod exigitur, præſtare. In nullo porro eſt hæc neceſſitas præſtationis, niſi in eo qui eſt alteri obligatus, ut det quid, aut faciat: ſic enim definitur obligatio, vinculum iuris, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſolvendæ. *Supra de obl.* in pr. Quapropter in quo quis alteri obligatus non eſt, id alteri debere non intelligitur.

X. Hinc iam iudicetur de actione in rem. Et de ea traditum eſt *in §. ſequenti.* actione in rem agi cum eo, qui nullo iure nobis obligatus eſt: quod ex ſuperioribus nihil aliud eſt, quam actione in rem agi cum eo, qui nihil debet. Quid opus eſt verbis in hac actione, cum diſerte traditum ſit in *L. ſcribit. D. de aur. & arg. leg.* quod ſuum cuiuſque ſit id ei non deberi? Quod ſi ita eſt, non continetur hac definitione actio in rem, definiturque hic tantum in perſonam actio, quæ ſola adverſus eum datur, qui nobis debet, qui idem nobis obligatus eſt vel ex contractu, vel ex maleficio, ut eſt in *d. §. 1. & L. actionum. D. de ob. & act.* Et hoc alibi poſſet admitti, & fortaſſe hoc ipſum ſenſit Celſus, a quo ſumpta eſt hæc definitio; quæ extat in *L. nihil aliud D. de ob. & act.* movemurque eo, quod actionis verbo uſitate veteres actionem in perſonam ſignificabant, ut & in eundem titulum *de obl. & act.* relatum eſt ex Papiniano in *L. actio.* ut dici poſſit ad eam ſignificationem atque uſum veterum, qui præceſſit, accommodatam eſſe ſequentem definitionem Celſi. Sed hoc, inquam, illic atque alibi poteſt admitti: hoc loco non poteſt, ubi Juſtinianus inſtituit agere non de actione in perſonam tantum, ſed de omni genere actionum; ac primo etiam loco agit de actionibus in rem. Eſſet etiam valde ridiculum, cum genus poſuiſſet actionis in perſonam, quod definiviſſet, id mox dividere in actiones in rem, & actiones in perſonam. Sic res habet, ut niſi hoc loco omnem actionem complexus fuerit definiendo, nihil eius inſtituto, nihil huic titulo hæc definitio conveniat. Neque vero debendi verbum refragatur. Etiam hoc verbo continetur in rem actio. Non enim male dixerimus aliquid debere eſſe ad id præſtandum iure teneri: aut id præſtandum iure teneri: ita teneri, ut id præſtare oporteat? Atqui debet hoc modo, qui convenitur actione in rem. Non debet nobis rem noſtram, aut eam de qua alia quavis actione in rem agitur: at debet eius reſtitutionem, eamque ipſam huiuſmodi actionibus perſequimur. *L. officium. L. qui reſtituere. D. de rei vind.* Eſt igitur & in rem actio ea, in qua perſequimur id quod nobis debetur. Qua ratione recte dictum eſt *in L. pecuniæ §. ult. D. de ver. ſig.* hoc verbum, *debuit*, omnem omnino actionem comprehendere intelligi, ſive civilis, ſive honoraria, ſive fideicommiſſi fuit perſecutio. At negamus actionem in rem dari adverſus eum qui obligatus eſt. *d. §. 1. inf.* an non igitur ſimul negamus dari adverſus eum qui debet? Proprie negamus. Paulo largius dici poteſt aliud eſſe debere quid, aliud ad id obligatum eſſe. Debet quiſquis obligatus eſt; ſed poteſt debere, & qui non eſt obligatus, ut in hac in rem actione. Is obligatus dicitur, qui facto aliquo obſtringitur vel ſuo vel alieno ad aliquid præſtandum: quod poſtquam contigit, eius neceſſitatem evitare non poteſt, niſi ſolvendo, ut eſt definitio obligationis. Facto ſuo, veluti contractu, aut maleficio ſuo. Alieno, veluti ſi quis negotia eius geſſerit, aut ex eius cœnaculo quid deiecerit, effuderit. Nullum eiuſmodi factum incidit in actionibus in rem, propter quod is qui actione tenetur, obſtringatur ei, cui competit actio. Is tenetur hac actione, qui rem cœpit poſſidere, cuius & habet reſtituendæ facultatem. At ita cœpiſſe poſſidere non eſt id factum, quo obſtringatur poſſeſſor, id eſt, quo ita teneatur, quin poſſit & ſine ulla rei reſtitutione in perpetuum non teneri. Non enim tenetur, ſi deſierit poſſidere ſine dolo malo. *L. qui petitorio. D. de rei vind.* Quod ſi poſtea deprehenſus rem poſſidere conveniatur, teneri quidem incipit; ſed propter rem, non ullo ſuo facto obſtringi: magiſque eſt rem hic conveniri; non perſonam: perſonam tamen propter rem, quæ a poſſeſſore tenetur. *arg. L. Imperatores D. de publ. de quo in §. ſeq.* Incipit ergo ad reſtitutionem rei teneri, eamque debere, qui idem aliquo modo ad eam reſtitutionem non eſt obligatus. At enim prius diximus eum qui debet, etiam obligatum eſſe: quandoquidem non ab alio exigi pecunia poteſt, quam ab eo qui ſit obligatus. Is autem debitor, a quo invito pecunia poteſt exigi. *d. L. debitor. D. de ver. ſig.* Et hoc vere dicitur: ſed in eo a quo pecunia, id eſt pecunia numerata, petitur. Hæc cum petatur in genere, ut noſtra peti non poteſt: ut alienam, ſed nobis debitam

peti

peti oportet. Hæc vero ſi petitur & exigitur ab invito, non ex aliis cauſſis deberi poteſt, quam ex iis, ex quibus obligatio naſcitur, eoque nec ab alio exigi, quam ab eo, qui eſt obligatus. Quod non accidit in actione in rem: quo in genere corpus certum petitur, & id noſtrum, aut ad ius noſtrum pertinens, non autem ut debitum: etſi per conſequentiam iuris noſtri ſimul etiam corporis reſtitutio ut nobis debita petitur. Nihil igitur proponitur, cur non ad actiones quoque in rem hæc definitio recte poſſit referri.

XI. Videamus iam de tribus illis, populari actione, actione iniuriarum, item accuſatione criminis. Nam duæ priores cum aperte actiones vocentur, neque etiam aliter poſſint appellari, nemo dubitat, quin ſint actiones: accuſatio autem criminis etiam actio dicitur, ut *L. qui accuſare. C. de ed.* & *C. quan. civil. act. crim. præ.* Dubites tamen, an ulla earum contineatur ſuperiore definitione, quia in his non videatur quiſquam id perſequi, quod ſibi debeatur. Et de accuſatione certum eſt, ea nos non perſequi quod nobis debetur, atque adeo eam hoc verbo removeri. Perſequitur enim accuſatio omnis ſolum vindictam criminis: quæ vindicta ad utilitatem Reipublicæ pertinet, non privatorum *L. locatio*, *§. quod illicite. D. de publican.* Sed nec accuſatio quoque actio eſt, aut dici ſolet, niſi abuſive. Unde titulis maxime diſtinctas iſtas ſpecies videmus, quorum alii ſunt de actionibus, ut hic; de obligationibus & actionibus, ut D. & C. alii de accuſationibus, non autem de actionibus, tum D. tum C. De populari actione, & iniuriarum, quas actiones eſſe conſtat, eſt hoc, cur dubitetur, an videamur his perſequi quod debetur: quod popularis dicitur eſſe ea, quæ ius ſuum populo tuetur. *L. 1. D. de pop. act.* quaſi dicas, quæ quod populo debetur perſequitur, non quod nobis privatim. Unde qui habet hanc actionem, dicitur non intelligi eſſe locupletior. *L. pen. D. eod.* Actio autem iniuriarum dicitur in bonis noſtris non computari ante, quam litem conteſtemur. *L. iniuriarum 28. D. de iniur.* quo ſignificari videtur ne in hac quidem quidquam ante litem conteſtatam aut noſtrum eſſe, aut nobis deberi: alioqui in bonis noſtris futurum: ut omnia tam noſtra, quam nobis debita in bonis numerantur. *L. bonorum. D. de ver. ſig.* Sed nihil horum probat in his actionibus actorem non perſequi iudicio, quod ſibi debeatur.

XII. Popularis actio dicitur ius ſuum populo tueri, quia ſummus finis & præcipuus huc ſpectat. Ut enim hic pecuniaria perſecutio privato detur adverſus eum, qui publico nocuit: tamen huc ſpectat actio, ut publica iniuria vindicetur, atque hac pœna propoſita publicæ ſecuritati & utilitati conſulatur. Interim petitio ipſa prima, quæ ea actione proponitur, proponitur privato ei, qui agere volet, & privatam pecuniæ perſecutionem habet: itaque bactenus de eo eſt, quod huic actori debetur; & debetur, quia ius ita hanc actionem conſtituit, ut qui occuparet litem conteſtando, huic pecunia iſta 5 præſtaretur. Exemplo ſit actio, quæ competit eo nomine, quod effuſis aut de-

5) Et ita ex populari actione, pœnam totam agenti cedere, non fiſco inferri, ſtatuit Gœd. ad *L. 12. pr. de V. S. n. 15. per d. 12. & d. L. 5 §. 5.* item per *L. 7. & 9. de iuriſd. L. 3. pr. de ſep. viol. L. ult. de liuig.* Et quia alias, ait, definitio latior eſſet definito, nec diviſiones & exempla illi convenirent. Ac communem dicit Iaſon *in §. pœnales 12. I. de act. n. 39.* referente Weſ. *in Par. de iuriſd. n. 14.* Qui tamen potius inter fiſcum & actorem dividendam ſentit, per *L. 25. §. ult. ad SC. Silan.* ut & Cuiac. 10. *Obſ.* ac probat Petr. Theod. *Diſp. crim. 3. Th. 1. lit. H.* Sed verius puto, niſi privati damnati ratione actor ea experiatur, (quo caſu, alia illius conditio, per *L. 42. pr. de proc. L. 3. initio princ. de ſep. viol.*) regulariter pœnam totam fiſco inferri, per *d. L. 3. §. 5. de ſep. viol.* quam cum Gœddeo *d. loc. n. 37.* de criminali accuſatione exaudire, ſeries præcedentium & ſequentium non permittit. Item, per *L. 3. pr. de Term. mote* verbis: *in publico dari.* Quorum expoſitio: id eſt, ex populari actione ſolvi, ut tamen exactio ſit privata, ut Gœdd. *d. loc. n. 16.* nimis a claro & aperto ſenſu verborum, aliena apparet. Nec obſtat quod & *in d. L. 3. pr. de term. mo. & in 3. de ſep. viol.* actio dicitur ei dari, quicunque agere volet. Ergo pœna cedit agenti. Neganda enim conſecutio. Nam & accuſare, ex lege Iulia ambitus, ex. gr. cuius pœna pecuniaria, cuivis licet, non ideo tamen ad accuſatoris commodum. Quin & hæc ipſa cauſa, cur procurator in popularibus, pro actore arceatur, ut *Lib. 18. Commentar. Civil. C. 10. n. 5.* Denique *d. L. pen. §. 1. de pop. act.* ſatis clare hoc convincit. Nimiſque durum, tum generalitatem verborum, *qui habet has actiones* ad tempus, quod iudicium acceptum præceſſit, reſtringere. Quin ut verbi *habere*, potiſſimum accipi debet, tempore poſt litem conteſtatam. Antea enim cum, fatente hic Donello noſtro ab alio præveniri poſſit, cum nec iure domini, quia actio hæc eſt populi totius non ſingulorum, nec ſine interpellatione obtineat, vere *habere* dici nequit *L. habere 87. de V. S. L. 164. §. ult. eod.* non magis, quam quicunque alius: Sed nec apta ulla dubitandi ratio ſi, ut Donellus vult, accipiatur. Ad *d. L. 12. de V. S.* Reſp. dici Creditoris loco, non quod emolumentum, ad ipſum pertineat, ſed quia iudicium accipiendo, quaſi contraxit *L. 13. §. 11. de pecul.* & ſic novatione facta obligationem, quæ prius univerſi populi potius, quam ſingulorum, in ſe transtulit; Subtilitate tamen iuris, magis quam utilitate. Eodem modo, quo procurator, lite conteſtata, dominus litis efficitur: *Lib. 18. Civil. Commentarior. Cap. 12. n. 25.* atque ita creditor, quia ſit novatio *L. ult. C. de uſ. rei ind.* Locupletior tamen, ideo dici nequit, cum quicquid ex lite conſequitur, ad dominum mandantem redeat *L. 46. §. 4. de Procur.* Ad *d. L. 5. §. 5.* reſp. Loquitur de damno pecuniario, *ibid. in fin.* Itaque de intentata ratione privati intereſſe, quo caſu & ad heredes tranſit, ſi & eorum interſit, & pœna actori applicatur, ceu damni penſatio. Aſt ſi alius, quam cuius intereſt, velit experiri, heredibus iure hereditario non competit, ut diſerte additur *ibidem.* Intellige: nec lite conteſtata; quia verba generalia, & quia veluti procurator populi eſt, ſic agens. Is autem

deiectis liber homo periſſe dicetur. Hæc in quinquaginta aureos proponitur a prætore *L. D. de his qui deiecer. vel effuder.* Eadem pœnalis & popularis eſſe dicitur in *L. 5. §. hae autem. D. eod.* Cur popularis, cum privatæ pecuniæ perſecutionem contineat, quæ pecunia actori præſtetur? quia vere huius actionis finis hic eſt, ut metu pœnæ proſpiciatur ſecuritati viarum: quæ ratio illius edicti redditur in *L. 1. §. 1. D. eod.* Et tamen nemo non videt hanc ipſam perſecutionem quinquaginta aureorum privato dari, & eius pecuniæ nomine quam idem actor ſibi exigat, non populo, & exigat, ut debitam: quoniam aliter ab invito exigi non poſſet. *d. L. debitor. D. de verb. ſigni.* Cur ergo dicitur qui hanc actionem habet, non eſſe locupletior? *d. L. pen. de pop. act.* Quia hoc de eo dictum eſt, qui litem nondum eſt conteſtatus. Ante litem ex hac actione conteſtatam qui hanc actionem habet, non eſt locupletior; poſt litem conteſtatam locupletior eſt, & incipit eſſe creditor, qui prius non fuerat, ut ſignificatur in *L. ſi cui D. de ver. ſig.* quippe iudicio contrahitur. *L. 3. §. idem ſcribit. D. de pecu.* At enim ut probetur actionem hanc aliquando non eſſe de eo quod debetur, ſatis eſt dici ſaltem ante litem conteſtatam hanc actionem haberi, & tamen qui eam habeat non eſſe locupletiorem. Nam ſi non eſt locupletior, utique nihil ei debetur. Erit igitur tum actio popularis, quam etiam dicamus haberi ab eo qui nondum ea egerit: & tamen non erit ius perſequendi iudicio, quod illi debeatur. Ego puto eum qui hanc actionem habeat ante litem conteſtatam, ideo dici per id tempus non intelligi locupletiorem, non quia non poſſit eſſe revera: ſed quia nondum intelligatur; verum pendeat ex eventu, an lis conteſtetur poſtea, an non conteſtetur. Si lis conteſtata non ſit, retro verſus perinde habetur, quaſi nunquam actio competiiſſet, ut vere dicturi ſimus uti actio non fuit, ſic nec quidquam debitum fuiſſe.

Multa autem poſſunt accidere, ne qui hanc habere putabatur, litem conteſtetur: vel quia noluit, vel quia extitit is, cuius magis intereſſet, vel is qui magis eſſet idoneus ad agendum (hi namque præferri ſolent. *L. 2. L. 3. D. de pop. act.*) vel quia morte præventus eum vellet agere, non potuit. At ſi litem fuerit conteſtatus, qui hanc actionem habuit: hic contra eveniet, ut retro verſus dici poſſit non ſolum, actionem ante habuiſſe, ſed etiam fuiſſe in eo, quod ei deberetur, quod tamen ex eventu poſtea cœperit intelligi. Et certe fruſtra inſtitueretur actio de ea pecunia quæ petitur, niſi peteretur ut debita, ac de ea ut debita actio competeret. Non enim poſt litem conteſtatam naſci oportet ius perſequendi, ut recte agatur, ſed ante. Alioqui intentio non procedat. Conditio actionis impleta locum petitioni facit: non ex petitione impletio huius conditionis naſcitur. *L. nuda. C. de cond. ſtip.* Planeque hic idem accidit, quod in re legata priuſquam de agnitione aut repudiatione legatarii conſtiterit. Dum hoc pendet, non poteſt intelligi, an res ſit legatarii: ac de eo affirmari nihil poteſt: neque e converſo. *L. quædam. D. de reb. dub.* Nempe ideo, quia poteſt repudiare: quod ſi facit, pro eo erit quaſi nec eſſet legatum. *L. legatarius, §. 1. de leg. 1.* At ſi agnoverit legatum; iam eius res fuiſſe intelligitur, non ex quo agnovit, ſed retro verſus ex quo adita eſt hereditas. *L. ſervum filii. L. ſi tibi homo, §. cum ſervus. D. de leg. 1.*

XIII. Idem de actione iniuriarum licet dicere. Hæc ante litem conteſtatam non computatur in bonis, ut eſt in *d. L. iniuriarum 28. de iniur.* ſcilicet quia ſi quis de ea litem non conteſtatur, & ita decedit, perinde eſt, quaſi nulla fuiſſet actio; quæ nec illi profuit vivo, nec prodeſt heredibus, ad quos non tranſmittitur. *L. heredi 13. D. de iniur.* At ſi iniuriarum agat, & litem fuerit conteſtatus; iam ita ſit actio actoris propria, & de eo quod

autem ad heredes cœptam litem non transfert, *Lib. 18. Civil. Commentarior. Cap. 17. N. 12.* Ad *L. 3. pr. de ſep. viol.* reſp. ex ante dictis peti poteſt *d.* vero *L. 7. & L. 9. de iuriſdict.* nihil definiunt de hoc, in neutram partem. Ad *d. L. ult. de litig.* reſp. nec de populari actione eſſe, nec de perſequente publicum intereſſe, ſed ſuum. Solius enim agentis, ibi intereſt, rem litigioſam non dedicare &c. Et ratio ſubiecta, in popularibus actionibus locum non habet. Ad *d. L. 25. §. ult. ad Silan.* reſpondet ipſe Gœddeus *d. loc. n. 18.* ſpeciale, in ea actione, de qua ibi, eoque ipſo argui regulam contrariam. Recte hoc: at animadvertere debuit, hoc ipſo magis, ſuam ſententiam convelli. Si namque eo caſu, ubi peculiari præmio, ad agendum invitare voluit prætor, ut illic tantum dimidia datur actori, pro opera multa in difficili inquiſitione impendenda, utique aliis caſibus, ubi hæc præmii & ratio & pollicitatio prætoris ceſſat, integra eidem tribuenda non eſt. Denique non obſtat, quod ſic definitio actionis populari non congruat. Nam imo congruit æque, uti aliis, quæ per procuratorem exercetur. Perſequitur hic agens pœnam populo debitam, facto rei læſo, cuiuſque intereſt, eam fiſco perſolvi. Ipſe vero actor, non ſuo nomine agit, nec ut Titius, Caius, (quia nec ex contractu ſuo, hæc ipſi actio, nec ex delicto adverſarii, qui non magis ipſum, quam alium quemvis læſit) ſed quaſi unus ex populo *L. 42. §. 2. de proc.* mandatum habens a lege, ſicuti tutores, curatores, &c.

vere dicatur ei deberi, ut ex eodem eventu intelligatur retro quoque fuiſſe in eius bonis, & fuiſſe ius perſequendi iudicio, quod agenti deberetur. Non ergo ante dicitur computari in eius bonis; non quia non poſſit eſſe ſi quis conſideret id quod natura certum eſt: ſed quia non poteſt a nobis hoc intelligi, prius quam litem ſit conteſtatus: multa autem incidere poſſunt, ne conteſtetur. Sunt ergo hæ actiones, id eſt, & in rem, & popularis, & iniuriarum, omnes ut verbo debendi, ita hac definitione ex eo verbo comprehenſæ; nihil ut hac parte deſit definitioni, etſi actionis verbo generaliter omnem perſecutionem hic intelligamus. Quod ideo hic tenendum eſſe dicimus, quia aliter non conveniat actionis verbum, quod hic definitur, ant partitioni iuris initio a Iuſtiniano propoſitæ, aut ſubiectæ hoc loco actionum diviſioni, & tractationi.

XIV. Sed ex hac interpretatione incidimus in alterum incommodum priori contrarium, ut quoniam verbum debendi generaliter hic accipimus, & definitionem de omni perſecutione; videatur plus contineri his verbis & definitione, quam definito. Quædam enim videntur eſſe perſecutiones eius, quod nobis debetur, quæ tamen non ſint actiones: cuius generis perſecutio eorum, quæ debentur officio iudicis; item reſtitutiones in integrum; nam de interdictis & ſtipulationibus prætoriis, ut his petimus aliqnid quod debeatur; ita & hæc actionis verbo contineri ſcriptum eſt in *L. actionis. D. de ob. & ac.* Quid, quod actiones in rem, item perſecutiones extraordinariæ diſtinguuntur ab actionibus, ut ſpecies diverſæ? De quibus item dicam paucis, quantum neceſſe ſit ad definitionis & rei propoſitæ explicationem. Aut igitur in his omnibns nihil debetur, aut ſi quid debetur ac perſequendi ius eſt, ſimul quoque & in his actio eſt. Ex his quæ conſequimur officio iudicis, ſunt exempli gratia uſuræ: hæ in bonæ fidei contractibus ex mora accedunt, & præſtantur officio iudicis. *L. qui per colluſionem. §. 1. D. de act. em. L. quæro. D. loc.* Atque hæ etiam dicuntur ex mora deberi. *L. mora. §. 1. D. de uſur. L. initio. C. de pac. int. em. & ven. com.* Negantur tamen peti poſſe. *d. L. qui per colluſionem. §. 1. de act. em.* quo ipſo negatur de his eſſe actionem; quoniam nulla actio ſine petitione. Non ergo, dicat aliquis, ius omne perſeqnendi iudicio, quod nobis debetur, eſt actio. Immo aut hæ uſuræ non debentur, aut quatenus debentur, de his petitio eſt & actio. Dicuntur deberi, ſed dicuntur cum adiuncto, ut præſtentur officio iudicis. Cuius tandem iudicis? nempe qui aditus erit de uſuris, & a quo hæ quoque petitæ erunt: nam ne in iudiciis quidem bonæ fidei ultra id quod in iudicium deductum eſt, excedere poteſtas iudicis poteſt. *L. ut fundus. D. com. divi.* Eſt igitur & de his petitio: proinde & actio. Et vero actio: non tamen qua per ſe peti poſſint, & principaliter, ſed actio de ſorte ipſa, circa cuius exſecutionem etiam Uſurarum ratio habetur officio iudicis, ut de ſimili acceſſione quæ præſtatur officio iudicis, ſcriptum eſt in *L. centum. D. de eo quod cer. loc.* Ita actio eſt & de uſuris, ſed quæ de ſorte inſtituta inducat per conſequentiam etiam uſurarum præſtationem. Sortis vero actione ſublata etiam uſurarum petitio tollitur. *L. 4. C. depoſ.* Et hoc tempus eſt, quo dicuntur hæ uſuræ peti non poſſe. *in d. L. qui per. §. 1.* de act. em. *non poſſunt*, inquit Hermogenianus, *uſuræ peti, pretii ſorte licet poſt moram ſoluta:* quippe hac ſoluta tollitur de ſorte actio: qua ſublata nec acceſſioni locus eſt. *d. L. centum* in fin. *L. ult.* in pr. *D. de eo quod cer. lo.* & ut eſt in d. *L. 4. C. dep.* non hic duæ ſunt actiones, una ſortis, alia uſurarum: ſed una ſortis cum ſuis acceſſionibus: qua ſublata, nulla amplius nec de acceſſione petitio ſupereſt. Faciamus ergo actionem de ſorte ſublatam eſſe: ne uſuræ quidem iſtæ, aut alia acceſſio debebitur amplius. *d. L. ult. D. de eo quod cer. lo.* Faciamus de ſorte recte actum: tum quidem vere dicetur uſuras deberi & accedere officio iudicis: ſed & de his quoque erit actio: nempe illa ipſa quæ de ſorte inſtituta eſt, cui etiam uſurarum præſtatio accedit vi & poteſtate iudicii bonæ fidei.

XV. Reſtitutiones in integrum eiuſmodi ſunt, ut quidquid eſt, in quo petimus reſtitutionem, ſit adhuc in eo, quod nobis videatur deberi. Nemo enim videtur re excluſus, quem prætor in integrum ſe reſtituturum pollicetur. *L. nemo, D. de in int. reſt.* At de reſtitutionibus ita ſcribit Paulus *in L. quod ſi minor. §. ult. D. de min.* quaſi harum perſecutio actionem non habeat. Nam de reſtitutione minorum loquens; *ex hoc edicto*, inquit, *nulla propria actio vel cautio proficiſcitur: totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione.* Sed ſi in reſtitutionibus beneficium prætoris facit, ut ſic etiam debeatur adhuc, quod ſummo iure amiſſum erat: facit idem beneficium, ut & peti poſ-

Digitized by Google

poſſit. In quo eſt petitio reſtitutionis propoſita a prætore. Neque hæc petitio aliud eſt, quam actio, qua cum eo agitur, adverſus quem nos reſtitui poſtulamus. Itaque & hæc ipſa cognitio de in integrum reſtitutione minoris, actio nominatur in *L. non ſolum. §. eſt & caſus. D. de proc.* putaturque pertinere ad illa verba edicti de procuratoribus. Cuius nomine quis actionem dari ſibi poſtulabit, & quæ ſequuntur in *L. ſervum §. ait D. de proc.* Et quod ait Paulus ex edicto de minoribus nullam eſſe propriam actionem, hoc ipſum confirmat. Propriam actionem eſſe negat; ſignificans actionem eſſe, ſed non propriam, id eſt, unam & certam, quæ omnibus minorum reſtitutionibus conveniat. Variæ enim cauſſæ petendæ huius reſtitutionis: varia, ad quæ reſtitutio poſtulatur. Totum igitur hoc pendet ex prætoris cognitione, ut æſtimet quid, qua de cauſſa poſtuletur, ut ad petitionem accommodetur beneficium reſtitutionis. Quod reliquum eſt, diſtinguuntur in uſu iuris ſpecies perſecutionum ita, ut actio dicatur ſolum quæ in perſonam eſt, petitio, quæ in rem; perſecutio, quæ extraordinaria perſecutio eſt. *L. pecuniæ §. actionis. D. de ver. ſig. L. actio. D. de ob. & act.*

XVI. Sed non eo minus verum eſt etiam actionis verbum generale eſſe, dicique actionem omnem ſive in perſonam, ſive in rem ſit petitio, ut adiicitur in *d. L. pecuniæ. §. actionis. D. de ver. ſig.* quomodo & nunc actionem Iuſtinianus uſurpat. Quam recte ergo diſtinguuntur? Non ſane vi & ſignificatione verborum, quæ omnia per ſe idem valent: ut quacunque de re cum alio iure iudicioque agamus, in eo & actio, & petitio, & perſecutio recte dicatur. Actio, quod nulla omnino petitio aut perſecutio eſſe poteſt licet in rem, in qua non cum aliquo de re aliqua agatur, ut eſt in *§. ſeq.* Petitio, quod in omni actione eſt aliquid quod petamus ab adverſario. Perſecutio, quod nihil aliud eſt agere & petere iudicio, quam rem iudicio perſequi. Et ita actionis verbum eſſe, diſerte ſcriptum eſt in *d. L. pecuniæ. §. actionis:* petitionis autem ſic uſurpatur in *L. exſtat. D. Quod met. cauſ.* ſic perſecutionis in hac definitione, ubi actio dicitur ius perſequendi. Sed in his diſtinguendis, ut & in aliis innumeris, quæ ſignificatione non multum differebant, commoditas docendi ſpectata eſt a veteribus: ſcilicet ut cum plures eſſent ſpecies actionum, quas commodum eſſet ut re diſtinctæ ſunt, ita ſingulas propriis nominibus notari, quoniam verborum confuſionem etiam rerum confuſio ſequi ſolet: ideo diſtinguerentur nomina hæc quoque, & actio in perſonam, petitio in rem, perſecutio extraordinaria diceretur. Id factum eſſe hac ipſa ratione Iuſtinianus docet in verbis iniuſti, rupti, & irriti teſtamenti, in *§. alio autem. Inſt. quib. mo. teſt. inf.* quod in una ſpecie dictum pertinet ad omnes ſimiles.

Omnium autem.

§. I.

Summa huius tituli, ordo atque uſus. I.

Actionum diviſio in rem & in perſonam docet, cui, & adverſus quem detur actio. II.

Actionum diviſio in rem & in perſonam a cauſſa efficiente ducta, non aliunde. III.

Iudex quis, & quis arbiter; & qui arbitri hic deſignentur. IV.

Summa diviſio quid: & quid ſummum, ac primum. V.

Actio in rem non eſt in perſonam, ut in perſonam hic accipitur. VI.

Simplicibus in dividendo an contineatur mixtum. VII.

Mixtas actiones tam in rem, quam in perſonam nullas eſſe. VIII.

In rem ſcripta actio, pactio, lex, quid ſit. IX.

In rem hic quid ſignificet. X.

In rem actio cur dicatur adverſus rem. XI.

In perſonam cur dicta, cum omnes actiones ſint adverſus aliquem. XII.

In perſonam actio, quid. XIII.

Ad exhibendum actio in rem, non in perſonam, & quo ſenſu dicatur ab Ulpiano eſſe perſonalis. XIV.

Modus agendi in actione in perſonam, intentione unus: pro negotiorum qualitate infiniti. XV.

In rem actionis cauſſæ duæ. XVI.

In rem actio ſoli domino competit, ſed civilis. XVII.

De incorporalibus in rem actio & vindicatio. XVIII.

L. vindicatio, D. de rei vind. explicatur. XIX.

In rem actio adverſus poſſeſſorem. XX.

Poſſeſſor quis habendus in actione in rem, ut ſit adverſus eum actio. XXI.

In rem actionem poſſeſſio parit adverſario, quid ſit. XXII.

In rem actio cur non adverſus eum qui ſit obligatus; ſit tamen adverſus eum, qui tenetur actione. XXIII.

Petitio actionis in rem, & in ea officium iudicis. XXIV.

Poſſeſſor in lite conteſtanda an, & quando neceſſe habeat ſe contra dominum dicere; & an ſit utile. XXV.

Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitroſve de quacunque re quæritur, ſumma diviſio in duo genera diducitur: aut enim in rem ſunt, aut in perſonam. Namque agit unuſquiſque, aut cum eo, qui ei obligatus eſt, vel ex contractu, vel ex maleficio: quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit adverſarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibuſdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus eſt, movet tamen alicui de aliqua re controverſiam: quo caſu proditæ actiones in rem ſunt; veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, quam Titius ſuam eſſe affirmet; poſſeſſor autem dominum eius ſe eſſe dicat. Nam ſi Titius ſuam eſſe intendat: in rem actio eſt.

I. CONſtat hic titulus maxime certis diviſionibus actionum: quas priuſquam attingimus, utile erit initio ſummam tituli complecti, & videre, quid in his diviſionibus & toto titulo agatur. Sic enim facilius cognoſci poterunt ſingulæ tituli partes, itemque earum uſus, cognita ea re ſumma ad quam velut exſtruendam referuntur; & ſimul intelligi, quem fructum ex ipſo titulo capere poſſimus: quorum alterum docilitas legentis ſequetur, alterum attentio. Accommodata eſt tractatio omnis ad id, quod in hac parte quæritur. Quoniam igitur partitio iuris, quam ſupra poſuimus, ſic actiones ſtatuit, ut intelligatur in his ea ratio, qua ius noſtrum, quod prius conſtitutum erat, perſequamur, & perſequamur iudicio: ad hanc perſecutionem inſtituendam res poſtulabat, ut intelligeretur quam recte inſtitueretur quævis actio, ne fruſtra experiremur: tum quid quantumque ſperare deberet quiſque ex ea actione, quam haberet: ut hinc poſſet etiam exiſtimare apud ſe, num ſibi expediret ea actione experiri. Utroque communiter fit, ut ſciat quiſque an poſſit agere, & quatenus: poſteriore etiam, an expediat. Et utrumque horum præſtat hic titulus, quæ & totidem capita tituli eſſe animadverto, in quibus expli-

can-

eandis verſatur: duo hæc, inquam, unum, quæ ſit recta inſtitutio actionis, ſeu quibus rebus opus ſit ad actionem recte inſtituendam: alterum, quantum liceat ex unaquaque exſpectare. Horum utrumque explicatur hoc titulo hoc modo atque ordine. Ut quis recte agat, quatuor his in rebus poſitum eſt; ut ei competat actio; ut in eum, cum quo agitur; ut petat, quod oportet; ut petat quantum oportet. Nam & ab eo cui non eſt actio iure prodita, & adverſus eum in quem non eſt prodita, fruſtra agitur: & cum omni actione peti aliquid neceſſe ſit, quod debeatur; iure petere quod non debetur, nec ultra quam debetur, cuiquam licet. Ad hæc explicanda quatuor diviſiones primæ hoc titulo comparatæ ſunt, & his adiuncta tractatio de plus petitionibus. *Prima* diviſio eſt in hoc §. *omnium*. protenditurque ad §. *ſequens illa*. Hæc docet, cui & adverſus quem omnis competat actio, & in genere quid petat. *Secunda* eſt in *d.* §. *ſequens*. Ea docet explicatius, quid petatur quaque actione: ex quo intelligitur etiam, quandiu quæque actio competat, ut ibi dicetur. *Tertia* proponitur in §. *omnes autem*. Ea oſtendit, quantum quaque actione recte petatur. *Quarta* eſt in §. *actionum autem*. Hæc ex natura actionis cuiuſque docet eadem illa, quæ iam dixi: nempe quid quantumque pro natura iudicii petamus & conſequamur officio iudicis: plus enim conſequimur actione bonæ fidei & arbitraria; minus actione ſtricti iuris. Ex his naſcitur quæſtio, quid fiat, ſi is qui agit, plus, minuſve, aut aliud petat, quam illum oportet petere. Ex quo illa tractatio de his petitionibus, ſuperioribus diviſionibus ſubiecta, quæ hunc locum explicat in §. *ſi quis agens*.. uſque ad §. *ſunt præterea*. & in his quæ pœna ſit, aut non ſit, docet. His expoſitis attexitur *quinta & poſtrema* diviſio (tot enim ſunt ſummæ huius tituli de actionibus diviſiones, ut ſuis locis oſtendetur) diviſio illud ſecundum explicans, quod ſupra poſui, quid ex quaque actione ſperare debeamus. Ea eſt in *d.* §. *ſunt præterea*. & deinceps: qua doceamur quaſdam actiones eſſe, quibus idipſum quod debetur & petimus, ſolidum conſequamur; quaſdam, quibus non ſemper ſolidum.

II. Venio ad *primam* diviſionem, quæ hoc §. traditur: quæ eum doceat, quis cum quo recte agat, merito hanc primam Iuſtinianus poſuit: prius enim eſſe oportet, adverſus quem conſiſtamus iudicio, quam quidquam ab eo iudicio conſequamur. Et quoniam magnus atque evidens diviſionis uſus eſt, ſi id oſtendit, quod dixi, neque ſtatim ex verbis diviſionis id perſpicitur: recte fiet, ſi id ſtatim ab initio ſtatuamus. Id vero aperte oſtendit diviſio propoſitis his cauſſis, propter quas adverſus aliquem agere poſſumus. Docet autem in ſumma duas has omnino cauſſas eſſe: unam, ſi quis nobis ſit obligatus: alteram, ſi poſſideat quod noſtrum ſit. Quæ adverſus obligatum eſt actio, in perſonam: quæ adverſus poſſeſſorem de re noſtra, in rem dicitur: quæ duo genera ſunt huius diviſionis. Ut iam ſi quæratur, quæ cauſſæ dent nobis actionem adverſus aliquem, recte dici poſſit, in re debita eſſe adverſarii obligationem, qua nobis tenetur: in re noſtra eſſe a nobis ius noſtrum, ab eo cum quo agitur poſſeſſionem: de quibus mox plura.

III. Itaque rectiſſime ſentiunt, qui hanc diviſionem ex cauſſa efficiente [1] ductam eſſe volunt: apparet enim ex præcedentibus. Non recte vero qui hac diviſione explicari putant ſubſtantiam actionis. Rogati enim quid ſit actio, in qua quæſtione de ſubſtantia rei quæritur, reſpondebimus eſſe ius perſequendi, ut eſt definitio. Rogati autem qualis ſit, & cuius generis (in quo quia de accidente quæritur, perſpicuum eſt de ſubſtantia non quæri, quoniam hæc toto genere differunt ſubſtantia & accidens) duarum alterum, aut in rem eſſe reſpondebimus, aut in perſonam. Ne ad finem quidem actionis hæc diviſio pertinet: finis enim hic eſt, ut conſequamur quod petimus, ſive noſtrum, ſive debitum nobis: minime autem ut perſonam conveniamus, aut rem. In quo tamen hæc diviſio verſatur. Hoc enim efficit diviſio, ut norimus, ubi perſonam certam ſequamur, ubi rem ipſam quæ petitur. Illud tolerabile non eſt, quod quidam ſcripſerunt, a materia ſumptam diviſionem, quia ſcilicet omnis actio circa perſonas verſetur, aut circa res. Erramus enim valde, ſi putamus actionem in rem dici, quia in ea res petatur; in perſonam, quia peta-

[1]) Diff. Weſ. *in Par. h. t. n.* 11. volens ductam eſſe a materia, circa quam Vult. *in* §. 1. *t. h. t. n.* 2. diviſionem a cauſa materiali, reliquis priorem eſſe; quia non cauſa efficiens, ſed materia ingrediatur ſubſtantiam rei, & Mynſ. *ibid. n.* 8. Harprech. *n.* 2. Certe ab efficiente ductam, vix probabile eſt. Neque enim in perſonam dicitur, quod ex obligatione factove perſonæ; neque in rem, quod ex dominio, poſſeſſioneve rei: ſed, ut ipſe Donellus quod illa contra perſonam, hæc contra rem. Non igitur perſona, & res hic ut cauſſa efficiens conſiderari poſſunt, ſed nec ut materia, circa quam, ſeu obiectum; verum, ut ſubiectum recipiens.

petatur perſona. Una omnium actionum materia eſt, res quæ petitur, ſive in perſonam agatur, ſive in rem. Et ſi quando accidit, ut petatur ſervus; non tamen ut perſona petitur; ſed ut res vel noſtra vel nobis debita: & tam actione in rem peti poteſt, ſi noſter eſt, quam actione in perſonam, ſi debetur. Sed cur ita vocentur, paulo poſt ſuo loco dicemus.

IV. *Quibus inter aliquos apud iudices*. Hæc verba declarant iudicium tribus perſonis conſtare: actore, & eo cum quo agitur, id eſt, reo: *L. 3. D. de iur.* qui litigatores ſunt, inter quos res agi dicitur: item iudice apud quem res agitur, qui eius cauſſæ iudex & diſceptator eſt. *Apud iudices arbitroſve*. Iudex ab arbitro hoc diſtat. Iudex eſt, qui ita iudicat, ut in ea re munere publico fungatur. *L. ult. §. iudicandi, D. de mun. & hon.* Unde & notionem habere dicitur, id eſt, poteſtatem cognoſcendi iure conſtitutam. *L. ait, D. de re iud.* Arbiter autem eſt iudex quidem & ipſe, ut ſignificatur *in L. pen. D. de iud.* ſed iudex voluntarius, id eſt, qui ex conſenſu litigatorum ſumptus inter eos partes iudicis ſuſcepit. *L. Pomponius, §. recepiſſe, D. de recep. ar.* Is non appellatur iudex proprie, quæ ratio eſt eos hic diſtinguendi; quia iudicis eſt iudicare: coniugata enim iudex & iudicare. Eſt autem iudicare ius dicere, Varroni *lib. 5. de ling. lat.* id eſt, dicere quod vere ius eſt: quod eſt proprium officium iudicis: ab eo enim exigitur, ne aliter iudicet, quam legibus aut conſtitutionibus, aut moribus proditum eſt. *tit. de off. iud.* in princ. *inf.* At arbiter ita iudicat, ut magis arbitretur, id eſt, in ſententia id dicat pro officio, non utique quod ius eſt, quaſi aliud ratum non ſit; ſed quod ſibi æquum videtur, ut ratum ſit, ſive æquum dixerit, ſive iniquum. *L. qualem,* in princ. *D. de recep. L. ſocietatem, 76. §. ult. D. pro ſoc.* Non eo minus tamen recte coniunguntur hi cum iudicibus hoc loco, cum de actione inſtituenda, id eſt, ea perſecutione, quæ iudicio fit, agitur. Nam ut arbitri iudices ſunt, ut dixi; ſic apud eos & perſecutio, & iudicium: & quidem ita, ut quanvis in diſſimili poteſtate iudicandi, eadem tamen forma ſit & ratio iudicii exercendi. Hic eodem modo actio inſtituenda; nec aliter eorum arbitrium ratum eſt, quam ſi ordine iudiciario, id eſt, cauſſa more iudiciorum agitata & cognita ad ſententiam ferendam proceſſerint. Idque eſt, quod dicitur compromiſſum ad ſimilitudinem iudiciorum redigi. *L. 1. D. de recep.* compromiſſum id eſt, arbitrium, cum ex compromiſſo itur ad arbitrum. *d. L. ſocietatem §. ult. pro ſoc.* Quod ſi vere dicitur in arbitris, qui proprie ita appellantur, nec funguntur publico munere iudicandi: multo magis pertinet ad eos iudices, qui cum vere ſint iudices fungentes publico munere, dicuntur etiam in uſu iuris arbitri: quo verbo ut plurimum appellari ſolent iudices, qui ex bonæ fidei iudicio cognoſcunt: propter liberam iudicandi poteſtatem pene per omnia cum arbitris communem. Unde & iudicium ipſum arbitrium *L. ad officium. C. com. divi. L. ut fundus. D. com. di. L. pro ſocio. D. pro ſoc. L. arbitrium. L. ult. D. fa. er.* Sed cum locus utrumque ferat, plenius eſt arbitrorum verbo priores hic accipi: ſed & rectius: nam alioqui non ſatis commode diſtinguerentur arbitri a iudicibus, cum poſteriores iſti maxime ſint iudices, & dicantur: ut *d. L. ut fundus. com. divi. d. L. arbitrium. fa. er.* Scio coniungi iſta interdum iudicem arbitrumve, ubi tamen arbitri verbo iudex datus intelligatur: ut in *L. lex Iulia. D. de leg. Iul. rep. L. a Divo.* in pr. *D. de re iud.* Sed id tum fit, cum ex adiuncto intelligitur non alium iudicem arbitri verbo poſſe accipi: quod fit in *d. L. lex Iulia*; ubi ita ſcriptum eſt, lege Iulia de repetundis præcipi, ne quis ob iudicem arbitrumve dandum, mutandum, iubendumve ut iudicet: quæ adiuncta niſi in iudicem a magiſtratu datum non cadunt: quoniam ex compromiſſo ſumpti, nec dantur, nec mutantur a magiſtratu. Idem intelligitur, cum nominatur arbiter, quem magiſtratus dedit. *d. L. a Divo. de re iud.* Hoc autem loco nulla res cogit ſignificationem iudicis & arbitri in anguſtum adducere, & negligere commoditatem diſtinctionis, ut cum prius nominati ſint iudices generali vocabulo, ſubiiciantur adhuc alii diviſim, qui nihilominus iudices ſint. Recta eſt interpretatio, quæ in ambiguis non quærit, quid uſquam ſignificetur verbo, ſed prudentiam adhibet, & videt, quid ei loco, in quo verſatur, maxime conveniat: cum in ambiguo ſermone non utrumque dicat, qui loquitur, ſed id dumtaxat, quod vult, ut bene ſcripſit Paulus in *L. 3. D. de reb. dub. De quacunque re*. Sive corporalis erit, ſive incorporalis: & ſive noſtra erit, ſive nobis tantum debebitur: hæc enim poſtea genera rerum in actionibus diſtinguuntur, quia ad genus actionis ſæpe multum intereſt, quo de genere earum rerum agatur. V.

Digitized by Google

V. *Summa diviſio*. Summa diviſio ſæpe nominatur a noſtris ea, quæ inter multas prima ponitur. Ut ſumma diviſio perſonarum *tit. de iur. per. ſup. L. 3. D. de ſtat. ho.* ſumma diviſio rerum in *L. 1. D. de rer. di.* ſumma diviſio actionum hoc loco. Et hoc vident omnes: ratio nominis non item nota omnibus: de qua nonnihil dicendum eſt: cum potius videri poſſit verbi ſignificatio repugnare. Nam ſummum Latini ſolent appellare, quod eſt ultimum & poſtremum; quo ex uſu ſummum oppoſuit primo Horatius *epiſt. 1. lib. 1.* his verbis:

Prima dicte mihi, ſumma dicende camœna.

Et certe ſcimus ſumma eſſe, quæ ſunt in ſupremo loco: qui locus in extruendo & conſcendendo ſolet eſſe poſtremus. An ergo ſumma intelligetur brevis, ut ſolemus ſummam dicere in numeris; ex quo ſummæ rerum, & ſummatim dicere, cum ſignificamus multa in unam ſummam colligi, & dici breviter? Sed ſunt aliæ diviſiones eiuſdem generis tum mediæ, tum poſtremæ non minus breves, interdum etiam breviores. Quid ergo eſt? Et ut eſt relatio ad res alias, ita variatur ſummi ſignificatio; recte ut alias dicatur ſummum, quod eſt extremum; alias ſummum non id quod primo loco ponimus, ſed quod primum locum tenere debeat. Interdum enim ſummum ad ordinem & progreſſum collocationis refertur: interdum ad rei & loci dignitatem. Ordinem collocationis cum ſpectamus, recte ſummum dicitur, quod eſt extremum: quoniam quæ in extruendo ſumma ſunt, tempore & progreſſu collocationis ſunt extrema: extremo enim loco imponuntur. At cum dignitatem rei inſpicimus, primo quidem ſummum dicitur, quod in ſummo & maxime omnium edito loco collocatur propter præſtantiam. Sed quoniam quæ eiuſmodi ſunt ſumma, eadem & ordine prima facimus propter dignitatem: eo fit, ut dignitatis habita ratione ſummum dicatur, quod eſt primum, & vice verſa primum, quod intelligi volumus ſummum: quia eiuſdem dignitatis eſt & præſtantiæ, ut qui propter hanc ſtatuitur ſummo loco, idem ordine procedendi anteeat cæteros. Unde in hominibus eos qui dignitate & gradu antecellunt, vocamus ſummos ex loco; atque eoſdem ab ordine vocamus primos, non ut aliud intelligamus ſummorum appellatione, quam primos; nec appellatione primorum quam ſummos. Sic Gnatho loquitur apud Terent.

In Eun. Act. 2. ſc. 2.

Eſt genus hominum, qui eſſe primos ſe omnium rerum volunt.

primos, id eſt, ſummos. Qua ratione ſumma opponuntur imis, id eſt, prima poſtremis. Unde & quæ ſunt prima, dicuntur eſſe ſupra, quæ autem ſequuntur, infra: illa ſuperiora, quæ priore loco præceſſerunt; hæc inferiora, quæ ſequuntur. Plane iſto ſenſu dicuntur in his omnibus quæ propoſuimus, ſummæ diviſiones, quæ non ſcriptura ſunt primæ, ſed dignitate & gradu primæ, ut & ordine præcedere debeant, ut ſint hæ ſupra alias, cæteræ infra; ut quæ ex prioribus his pendeant. Denique ſummæ, quæ ſummo & maxime conſpicuo loco poni debent; id eſt, primo. Is eſt enim, qui legentibus ſtatim occurrit, & ab omnibus maxime conſpicitur. Atque huius generis eſt ea diviſio, quæ hic proponitur. Docet enim, id quod in omnibus actionibus eſt primum, & quo non poſito longius progredi non licet. Nempe quis adverſus quem conſiſtat iudicio: ſine quo fruſtra deliberemus, quid quantumque petatur; in quo verſantur reliquæ diviſiones. Recte ergo ſumma diviſio, quæ ordine naturæ & neceſſario anteit reliquas, & quam ideo ſequi debent reliquæ.

VI. *In duo genera deducitur*. Numerus diviſionis initio obſervandus. Statuuntur enim hic, ut & in *L. actionum, de oblig. & act.* actionum genera hæc duo, in rem, & in perſonam: & duo tantum, non plura. Quorum utrumque vitioſum poteſt videri, niſi explicatur. Primum illud, quod placet genera hæc duo diverſa eſſe, in rem, & in perſonam: quaſi quæ in rem eſt, non ſit in perſonam. Quod contra eſt. Omnis actio eſt in perſonam. Eoque unum genus actionis in perſonam, non duo, quorum unum non ſit in perſonam: nam illæ ipſæ, quæ dicuntur in rem, cum niſi adverſus poſſeſſorem non ſint, non ſunt omnino, niſi in perſonam. Denique nulla actio eſt, niſi cum eo, cum quo agitur, ut hoc ipſo in loco traditur. Eum autem cum quo agitur, adverſarium intelligimus, nec adverſarius quiſquam, niſi is adverſus quem agitur, & conſtituitur iudicio. Sed ſignificatio horum verborum expoſita rem expediet, de quo mox plura. Nunc hoc ſatis ad id de quo quæritur, actionem in rem eſſe illam quidem

in

in perſonam: at non ita, *ut in perſonam* in hac diviſione intelligi volumus. In perſonam enim dici, cui perſona ſola eius cum quo agitur, aine re quam habeat, locum facit: in rem contra, cui res poſſeſſa: utpote in qua res poſſeſſa verius convenitur, ac propter rem perſona: sine re autem nulla ea actio eſt. Quæ aperte genera diſtincta eſſe apparet. Duo igitur, non unum. Sed quod ſtatuuntur duo tantum, quale sit, videamus. Et videri poteſt ſaltem boc vitioſe: dici enim hic non unum genus eſſe prætermiſſum; ſed mixtas quaſdam tam in rem, quam in perſonam: & eam, quæ dicitur in rem ſcripta, Quod metus cauſſa. Primum in §. *quædam, inf.* dicuntur quædam actiones mixtam cauſſam obtinere videri tam in rem, quam in perſonam; hæ videlicet, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum. Quas si vere ita mixtas admittimus, tertium genus efficitur diſtinctum a prioribus: ut dici debuerit ſummam hanc divisionem quæ proponitur, in tria genera deduci, non duo tantum, ut hic ſcriptum eſt. Nisi tamen defendimus cum multis duo hic tantum genera eſſe: nam tertium illud mixtum ſatis ſub simplicibus contineri. Atqui si dicimus contineri, hoc ipſo concedimus re vera tertium genus eſſe: nibil enim intereſt, ut sit, utrum dicamus id exprimi verbis, an non expreſſum vi ipſa contineri: quoniam non poteſt contineri alia re, quod non eſt.

VII. Ac ne illud quidem verum eſt, duobus generibus ſimplicibus propoſitis ſatis mixtum comprebendi, ut potuerit omitti mixtum ſine vitio. Non ita eſſe Iuſtinianus clare oſtendit boc titulo in his ipſis diviſionibus: non eo tantum, quod de mixtis iſtis dixit ſeparatim: ſed etiam luculenter exemplo propoſito in actionibus rei, & pœnæ perſecutoriis, quas cum in hæc duo genera diviſiſſet, tertium genus nominatim in eandem diviſionem adiecit, ut diceret quaſdam eſſe mixtas. §. *ſequens illa, infra*. Eſſet tutius admittentibus ſuperiores illas actiones mixtas eſſe tam in rem, quam in perſonam, fateri & hoc genus eſſe tertium in hac diviſione prima, neque eſſe prætermiſſum a Iuſtiniano, cum poſtea diſerte id genus poſuerit in *d. §. quædam*. Dicerent etiam non obſtare, quod hic ſcriptum eſt diviſionem in duo genera deduci; non enim additur in duo tantum, ut tertium excludatur; itaque in tria deduci re vera: ſed in duo, quæ ponantur hoc loco; & tertium quod poſitum ſit in *d. §. quædam*. Id cum appareat ex ſequentibus ſenſiſſe Iuſtinianum, id ſequendum eſſe: neque enim oportere verba captare ullius loci, ſed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. *L. pen. D. ad exb.* De mente autem ſi quæreretur, incivile eſſe niſi tota tractatione perſpecta, una aliqua particula eius propoſita iudicare vel reſpondere. *L. incivile D. de legi*. Sed nihil opus eſt in utroque horum laborare, ut vel in bac ſumma diviſione tria genera actionum eſſe defendamus, vel duo tantum quibus recte contineantur mixtæ.

VIII. Hac diſputatione opus eſt his, qui admittunt ſuperiores actiones mixtas eſſe tam in rem, quam in perſonam. Non eſt neceſſaria, ſi quis neget eſſe mixtas; ſed aut in perſonam tantum eſſe dicat, aut in rem tantum. Quæ noſtra hic deſenſio eſt, eaque expedita. Vere ergo ſumma hæc diviſio actionum duo tantum genera habet, ut aut in rem ſint omnes, aut in perſonam, in quam ſententiam conveniunt & hic locus, & *L. actionum. de obl. & act.* Ne nos hic moveant ſuperiores actiones: hæ enim in perſonam tantum ſunt, non etiam in rem, ut ſuo loco exponemus, id eſt, in *d. §. quædam*. Nec verba eius loci refragantur. Dicuntur enim illic mixtam cauſſam non obtinere, ſed obtinere videri tam in rem, quam in perſonam. Recte videri, quia id præ ſe ferunt, quam ob cauſſam & de his ſeparatim monendum fuit; re autem vera non obtinent.

IX. Legimus præterea actionem, Quod metus cauſſa, in rem ſcriptam dici: *L. metum autem 9. §. ult. D. Quod met. cauſ.* Quod itidem mixtum quoddam novum genus actionis videri poteſt; dici enim poteſt non eſſe in perſonam tantum, cum dicatur etiam in rem ſcripta. Rurſum eſſe in perſonam traditur in §. *præterea inf.* Sed cum eſſe in perſonam diſerte ſcriptum ſit in *eo* §. non dubitabimus, quin ita ſit in perſonam, ut non ſit in rem, cum hæc genera opponantur. Idque eo magis dicendum eſt, quod Iuſtinianus ibidem ita ſcribat hanc actionem eſſe in perſonam, ut ſimul ſeparet nominatim ab actionibus in rem, de quibus prius dixerat. Quid eſt igitur, quod dicitur ſcripta in rem? Id, quod in perpetuo uſu veterum in huiuſmodi orationibus animadvertere non eſt difficile, & eſt a multis eruditis viris cum hoc loco, tum alibi obſervatum; cum veteres dicunt actionem, pactionem, legem in rem ſcriptam aut conceptam eſſe, non hoc ſignificari

ficari: eſſe hæc, quæ rem ant poſſeſſorem ſequantur, quanquam hoc ſit interdum: ſed hoc exprimi, ſcripta illa eſſe & concepta generaliter & indiſtincte de re ſolum, de qua agitur, ſine deſignatione ullius perſonæ ad quam actionis, pactionis, legis verba dirigantur. De actione quod metus cauſſa ſic hoc verbi explicatur in *d. L. metum*, 9. §. 1. & §. *ult*. De pactione in *L. iuris gentium*, §. *pactorum*, *D. de pact*. De lege & edicto in *L. hæc autem* §. *ult*. *D. quib. ex cauſſ. in poſ. eat*. Nec aliud ſignificatur de interdictis, cum in *L.* 1. §. *ult*. *D. de interd*. ita ſcribitur; *interdicta omnia, licet in rem videantur concepta: vi tamen ipſa perſonalia eſſe*. Hoc enim eſt, interdicta omnia adverſus certam perſonam dirigi, eam videlicet, cum qua interdicto agitur: etſi verbis generalibus ſine expreſſione ullius perſonæ concepta ſint; ut, in loco ſacro facere, inve eum immittere quid veto. *L.* 1. *D. ne quid in loc. ſa*. Dicitur ergo actio, Quod metus cauſſa in rem ſcripta, quia ſimpliciter propoſita eſt edicto in quadruplum de re vi extorta, ni reſtituatur, nec adiicitur a quo metus ſit adhibitus: ut intelligatur etiam ſi quis metum non intulit, ſi ad eum pervenit, quod extortum eſt, cum eo agi poſſe, ut niſi reſtituat, in quadruplum condemnetur. *d. L. metum*, 9. §. 1. *L. item ſi*. §. 1. & §. *in hac actione*, *D. quod met. cauſ*. Quod quidem non facit, quominus ſit tota in perſonam, nec quidquam cum actione in rem commune habeat. Hic enim naſcitur actio non ex re poſſeſſa, ſed ex delicto perſonæ; quæ ſi metum non intulit; at ab alio illatum probat, dum rem metu extortam metum paſſo non reſtituit: quod pro delicto a prætore habetur, vis coercendæ cauſſa, & eius quod metu geſtum eſt, reſcindendi. Recta igitur huius loci diviſio in genera duo hic propoſita, ut & duo ſint diſtincta revera, nec plura quam hæc duo.

X. *Aut enim in rem ſunt, aut in perſonam*. Ut prius numerus generum huius diviſionis revocabatur in dubium: ſic nunc generibus appellatis unius generis ſignificatio & res ipſa, nimirum actionis in rem. Nam de actione in perſonam non dubitatur; quid vocemus in perſonam, & quam recte vocemus ex natura rei. Omnes enim intelligunt *in* particulam hic ſignificare adverſus: ut ſit *in perſonam* idem quod adverſus perſonam. Quod & ipſum definitione rei convenit: definitur enim eſſe actio, qua cum eo agimus, qui nobis eſt obligatus, & quæ ſemper adverſus eum locum habeat. *L. actionum*, *D. de obl. & act*. At de actione in rem utrumque vocatur in quæſtionem, & quid ſignificetur his verbis; & quam recte ulla dicatur in rem, aut etiam ab actione in perſonam diſtinguatur. Ac prius de ſignificatione verbi conſtare oportet. Eſt autem hic dubitatio ex eo, quod non videtur convenire particulam *in* ſimiliter hic accipi pro adverſus: abſurde enim dici ullam actionem eſſe adverſus rem: cum, ut ſupra dixi, nulla nobis ſit lis aut eſſe poſſit cum re, ſed cum perſona: nullum iudicium adverſus aliquem, niſi eum qui nobis adverſetur; res autem non adverſetur, ſed perſona. Denique cum hæc ipſa actio dicatur in definitione eſſe non adverſus rem, ſed nominatim ſemper adverſus rei poſſeſſorem: hoc autem æque in perſonam. Et ſi aliud commode ſignificari poſſet, id ſumeremus, ut in verbo ambiguo careret interpretatio vitio iuxta præceptum *L. in ambigua*. *D. de legi.* ſed aliud non poteſt. Animadverto quidem in huiuſmodi orationibus particulam *in* ſæpe aliter accipi a latinis, & noſtris, quam pro *adverſus*. Interdum pro *ad:* ut cum dicunt actionem ſcriptam eſſe in rem: pactionem eſſe in rem. Ubi intelligitur, ut dixi, actionem & pactionem verbis legis aut paciſcentium relatam eſſe ad rem ſolum, non ad perſonam. *L.* 9. §. *metum*. & §. *ult*. *D. Quod met. cauſ. L. iuris gentium*, §. *pactorum*, *D. de pact*. Nonnunquam pro *iuxta* & *ſecundam:* ut, cum dicitur actio eſſe in factum. *L. actionum*, §. 1. *D. de ob. & act. L.* 1. *L. quia D. de præſ. verb.* ubi intelligendum eſt actionem dari non adverſus factum (ut enim ſcripſi in commentario de præſcriptis verbis, omnis actio in perſonam ex facto eſt, adverſus perſonam, non adverſus factum: alioqui etiam omnes actiones ex maleficio ſint in factum) ſed iuxta ſeu ſecundum id quod factum eſt, conceptam & compoſitam actionem. Poteſt etiam intelligi actio conſtans verbis ad id quod factum eſt collatis. Sed nihil horum in actione in rem licet intelligere. Non enim magis hæc confertur ad rem certam conſequendam, quam in perſonam actio: nec magis iuxta rem de qua agitur, inſtituitur illa quam altera: communia hæc utriuſque actionis. Quapropter non relinquitur aliud, quam ut particulam *in* accipiamus in utraque actione pro *adverſus*, ſitque hic diviſionis ſenſus, omnes actiones aut adverſus rem eſſe, aut adverſus perſonam.

Et certe niſi hæc particula idem in utroque genere ſignificat, non recte genera inter ſe tanquam contraria opponuntur, fitque maxime vitioſa diviſio, quæ poteſt hoc modo ad unum genus revocari. Nam admiſſa diverſa huius particulæ ſignificatione, nihil prohibet, quominus utraque in uno & eodem genere locum habeat. Exempli gratia, ex empto actio erit in perſonam venditoris, quia eſt adverſus venditorem: eadem tamen in rem, id eſt, ſecundum, aut ad rem venditam quæ petitur: ut ſit eadem & in rem & in perſonam, ſi diverſas has ſignificationes in his appellationibus recipimus. Quod eſt maxime contra ſententiam diviſionis, quæ duo genera ſtatuit, vel potius eſt eiuſmodi, quod diviſionem evertat, ſublato uno genere, ſine quo diviſio eſſe non potuit. Conſtet hoc igitur diviſionis ſenſum hunc eſſe, omnes actiones aut adverſus rem eſſe, aut adverſus perſonam. Hoc de verbis. At ex eo incidit dubitatio maior de re ipſa. Sic enim de actione in rem duo hæc ſtatuuntur in hac diviſione; primum eſſe hanc adverſus rem petitam: deinde ita in rem, ut non ſit in perſonam: quorum utrumque & natura omnis iudicii, & definitione huius actionis refelli videtur. Omnis actio, & omne iudicium eſt inter aliquos, non inter unum aliquem, & rem ipſam quæ petitur, ut initio huius §. ſcriptum eſt. Omnis actio cum eo cum quo agitur, non cum re de qua agitur, ut poſtea eodem hoc §. expreſſum eſt: eſtque utrumque notius, quam ut probatione indigeat: quid enim a re petamus, ut præſtet, quæ nihil intelligit, nec poteſt præſtare? Quæ poteſt nobis eſſe contentio cum re, quæ neque litigat, neque nobis adverſatur, utpote nihil intelligens, & muta? Poſtremo, ut dixi, in *L. actionum de ob & act.* deſcribitur in rem actio ita, ut dicatur ſemper eſſe adverſus poſſeſſorem. Non ergo adverſus rem, quæ eſt adverſus poſſeſſorem: & quia adverſus poſſeſſorem, ſemper utique in perſonam, nimirum poſſeſſoris.

XI. Sed nihil ex ſuperiore interpretatione in re ipſa non recte, nihil adverſus legem rectæ diviſionis. Ac primum ſciamus nihil dici abſurde, cum dicimus actionem in rem eſſe adverſus rem, quæ poſſidetur. Quia hoc dicitur maxime ex ſenſu & uſu veterum, qui in actionibus, quæ ſequuntur rem aliquam, & propter rei poſſeſſionem dantur, dicunt res ipſas non perſonas conveniri: ſic enim de hoc genere ſcriptum legimus diſerte in *L. Imperatores. D. de public.* Et quid eſt quæſo, conveniri aliquem aliqua actione, niſi actionem adverſus eum dari? *L. 1. D. de ed. L. ſi fideiuſſor. D. mand.* Conveniri igitur rem qui dicit, hoc ipſum dicit actionem in eam rem, ſeu adverſus eam rem dari. At ante probavimus non poſſe cum re petita, aut adverſus rem ullam actionem conſiſtere, fruſtraque & inepte rem conveniri, ut quid præſtet, quæ nec audire, nec intelligere, quod petitur, nec præſtare poteſt. Ita eſt: non poteſt adverſus rem eſſe actio natura: poſſeſſorem ipſum conveniri natura oportet, eoque & actio in rem eſſe dicitur adverſus poſſeſſorem. Sed iuris interpretatione in hac actione cum re agi intelligitur, cum agitur cum poſſeſſore. Eſt enim actio adverſus poſſeſſorem: ſed propter rem quam poſſidet & defendit, ut in poſſeſſoris perſona magis intelligatur res conveniri, quæ huic conventioni cauſſam & originem dedit. At certe quia hoc modo in rem actio poſſeſſorem ſemper deſiderat, adverſus quem agatur, exerceaturque hæc conventio; ideo hactenus verum eſt ſemper eſſe in perſonam, quia ſemper adverſus perſonam poſſeſſoris. Negari id non poteſt: ſed non æſtimatur, quia accidit per conſequentiam rei poſſeſſæ, non principaliter. Nos autem ex eo quod ſit principaliter res æſtimamus, non ex eo quod per conſequentiam: ex cauſſa & origine, non ex eo quod inde ſequitur. *L. 1. D. de auct. tut. L. ſi procuratorem*, §. in pr. *D. man.* Atque id ita fieri in hac actione ex eo poteſt intelligi, quod alibi dicitur, vindicationem quæ in rem actio eſt, rem ſequi, non perſonam obligare. *L. ult. C. ſi un. ex plu. ſer. cer.* Atqui ſequitur poſſeſſorem; alioqui non diceretur adverſus poſſeſſorem eſſe; ſed ſequitur propter rem: hanc autem principaliter: ideo magis hanc ſequi dicitur, quam perſonam. Id autem natura actionis declarat: nam ſi quis rem noſtram poſſidet, tenetur nobis actione in rem: ſed tamdiu, quandiu poſſidet: Quod ſi ſine dolo malo deſierit poſſidere, iam amplius non tenetur: Ut appareat, quod poſſeſſor tenetur, cauſſam eſſe in re poſſeſſa, non in perſona: cum poſſeſſoris eadem perſona futura ſit, etſi poſſidere deſierit. De quo mox in deſcriptione huius actionis.

XII. Non ſic actio in perſonam; quæ ita eſt adverſus perſonam obligati, ut ſit propter perſonam ipſam, quia talis eſt, id eſt, quia obligata eſt; non propter rem, quæ debetur: hanc enim ſive habet qui obligatus eſt, ſive non habet, utrobique pari-

pariter tenetur: & ſolus, non alius ad quem forte res debita poſtea pervenerit. Sit exempli gratia venditor, qui mihi vendiderit ædes. Hinc mihi actio ex empto, ut ædes tradat. *L. ex empto, D. de act. em.* actio in perſonam, quia ex contractu, ut mox definitur. Sic ille hac actione mihi tenetur, ut teneatur, ſive ædes habeat, sive non habeat; sive poſſideat, sive non poſſideat: quia non ideo tenetur, quod ædes habet; ſed quia eſt obligatus ad tradendum: quæ obligatio eſt in perſona: eadem ſemper futura, etſi rem non habuerit. Et ut certius liqueat, hanc actionem perſonam obligati non egredi, rem non ſequi: si venditor eas ædes vendiderit alii poſtea & tradiderit, novus poſſeſſor mihi de ea re non tenetur, quia mihi obligatus non eſt: ſolus tenetur, qui mihi vendidit; quia mihi fuit obligatus. *L. quoties, C. de rei vind.* Hoc modo cum non sit in perſonam ea, quæ in rem dicitur; recte hæc genera ſtatuuntur duo, & ita diſtinguuntur, ut vere dicatur actio in rem non eſſe in perſonam, ut nunc in perſonam intelligi volumus.

XIII. *Namque agit unuſquiſque.* Deſcriptio eſt actionis in perſonam, qua exprimitur huius ipsius actionis definitio ea, quæ traditur in *L. actionum, D. de ob. & act.* ut sit actio in perſonam, qua cum eo agimus, qui obligatus eſt nobis ad faciendum aliquid vel dandum: & ſemper adverſus eum locum habet. Definitio declarans, & cui detur hæc actio, & adverſus quem, & in univerſum quid petat. Datur ei, qui alium obligatum habet. Datur in eum, qui obligatus eſt. Petit, quod nobis ex obligatione dandum aut faciendum eſt; in ſumma quod nobis debetur. Unde illa intentio & formula vetus huius actionis propria, Si paret Mævium Titio dare facere oportere, quæ indicatur in *§. ſic itaque, inf.* & ad quam alluſum videtur hoc loco. Ex his intelligitur unicam huius actionis cauſſam eſſe obligationem, inter quos ea intercedit: cauſſam ita conſtitutam, ut adverſus omnem, qui iure civili obligatus eſt, sit in perſonam actio, de qua conſtat. *L. naturales. D. de ob. & act. L. licet, §. ea obligatio. D. de proc.* & contra si quis obligatus non eſt, non sit adverſus eum actio in perſonam. Alioqui non ſemper eſſet adverſus eum, qui nobis obligatus eſt, contra quam traditur in *d. L. actionum.*

XIV. Sed hoc poſterius dubium facit actio ad exhibendum: quam certum eſt non dari adverſus eum qui nobis ſit obligatus, cum ſit adverſus eum qui poſſidet aut dolo deſiit poſſidere, quem conſtat nihil feciſſe eorum ex quibus obligatio oritur: & tamen dicitur ab Ulpiano actio eſſe perſonalis. *L. 3. §. eſt autem, D. ad exhib.* Nos teneamus ex ſupraſcripta definitione & cauſſa, ut actio ad exhibendum non eſt adverſus eum qui nobis ſit obligatus; ita nec eſſe actionem in perſonam. Quid ergo? in rem videlicet: ut quæ rem ſequatur, & propter rem eius rei poſſeſſorem, quæ eſt certa & perpetua actionis in rem nota. *d. L. actionum, de obl. & act. L. ult. C. ſi unus, ex plur. ſer. cred. L. unic. C. de al. iud. mu. cauſ. fac.* Eſſe autem adverſus eum, qui poſſidet, aut dolo malo deſiit poſſidere itidem ut rei vindicationem, certi iuris eſt. *L. 3. L. 5. §. idem, Iulianus, L. theſaurus,* in princ. *D. ad exhib.* At enim perſonalis eſt, inquit Ulpianus. Obſervandum eſt actionem in perſonam dici quidem interdum perſonalem, ut in *L. quamvis, 8. diſtractis, C. de pig. L. ult. C. de obl. & act.* ſed hoc vix uſquam alibi, aut ſi uſquam, certe raro, & inuſitate. Sic autem ſolere loqui veteres in uſu iuris, ut actiones in perſonam dicant, quæ ſunt adverſus perſonam. Perſonale autem id, quod perſonæ cohæret, ut conſtitutiones perſonales, beneficium perſonale, ſervitutem perſonalem. *L. 1. de conſt. prin. L. quia, D. ſol. mat. L. non ſolum, §. tale, D. de lib. leg.* Talis eſt actio ad exhibendum: quæ ei cuius intereſt rem exhiberi, competens, & competens adverſus eum qui poſſidet, horum perſonæ plane cohæret, nec ad heredes, aut in heredes tranſit. Nam heres actoris non quaſi heres, ſed ſuo nomine, ſi quid eius interſit, hac actione uti poteſt. Et heres poſſeſſoris non niſi ſuo nomine tenetur, ſi vel poſſidet, vel dolo fecit quo minus poſſideret. *L. de eo. §. ult. D. ad exh.* Quo minus autem dubitetur hoc a nobis ita recte dici, faciet *L. his ſolis. C. de revoc. don.* ubi iſto ipſo modo actio quæ matri datur adverſus ingratos liberos ad revocandam donationem, dicitur perſonalis actio tantum hoc nomine, quod vindicationis habeat effectum, & adiicitur explicatio, cur vindicatio, aut quæ huius vim habet, sit perſonalis, quia ita sit actio, ut nec in heredem detur, nec tribuatur heredi. Quod plane in actione ad exhibendum accidit; ut merito eodem iſto ſenſu dicatur perſonalis. Hoc quidem melius eſt ita accipi, quam dici eſſe actionem in perſonam adverſus ſuperiorem definitionem & iuris certi regulas.

gulas. Eſt ergo, ut eo redeam, una actionis in perſonam cauſa, obligatio. Ex quo ad conſtituendam hanc actionem adverſus aliquem ante omnia & ſolum quærendum eſt, quis ſit nobis obligatus. Id breviter attingit Iuſtinianus, & indicat ex causis obligationis. Hæ ſunt quatuor. Oritur enim omnis obligatio aut ex contractu, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio, ut plenius traditur in §. *ult. de obl. ſupra*. Id autem eſt, quod hic intelligi voluit, cum ait hac actione agi cum eo, qui obligatus eſt vel ex contractu, vel ex maleficio, & addit in extremo, *& aliis quibuſdam modis:* his verbis notans ſuperiores obligationum cauſas, & per alios quoſdam modos id exprimens, quod Caius in *L.* 1. in princ. *D. de obl. & act.* præter contractum, & maleficium, ſcribit obligationes naſci *proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris*. Eas autem cauſas, & modos ipſe ſuperiore illo loco interpretatur quaſi contractus, & quaſi maleficia. Nec contextus ullo modo refragatur, quo minus ita interpretemur hæc verba *& aliis quibuſdam modis*. Aut enim coniungenda ſunt cum illis verbis vel ex contractu, vel ex maleficio, & quæ interpoſita ſunt, legenda per parenthesin (quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas quis intendit adverſarium ei dare aut facere oportere) ut intelligamus non ſolum hoc caſu utroque ſuperiore proditas eſſe actiones in perſonam; ſed & aliis quibuſdam modis obligationum contrahendarum, ſeu ex quibus quis nobis obligatur: aut uno contextu proximis ſunt annectenda. Sunt qui proxime præcedentibus connectentes, referant ad eum qui intendit, & ita interpretentur; per quas intendit hoc modo, adverſarium nimirum ſibi dare aut facere oportere, & intendit aliis quibuſdam modis. Inter quos & Theophilus auctor videri poteſt; neque enim ſatis diſerte de eo loquitur. Quod mihi hoc loco non videtur defendi poſſe.

XV. Aut enim hi alii modi agendi in actione in perſonam nulli ſunt, aut unus tantum, aut certe ſunt infiniti; eoque nunquam alii quidam, ut hic ſcriptum eſt. Etenim aut volumus Iuſtinianum ſuperioribus verbis ſolum indicaſſe intentionem actionis propriam extra formulam: aut exprimere voluiſſe veterem formulam agendi. Si intentionem tantum actioni convenientem, ut verba oſtendunt: non poteſt dici aliis modis agi aut intendi in actionibus in perſonam: immo ne alio quidem modo licet uno: quoniam in hoc genere nunquam quiſquam alia intentione utitur, quam ut petat eodem modo, quo obligatione comprehenſum eſt, §. *huic autem*, verſ. *qua de cauſa infra eod.* proinde ut quid fiat aut detur; in quibus omnium obligationum ſubſtantia conſiſtit. *L.* 3. *D. de obl. & act.* Quod ſi volumus verba de vetere formula accipienda eſſe; primum verba id non ſignificant, cum vetus formula actionis hæc fuerit, Si paret illum dare facere oportere; de quo in §. *ſic itaque, inf. eod.* quibus verbis nunc Iuſtinianus non utitur. Deinde etſi præceſſiſſet formula vetus; tamen ne ſic quidem recte dici poſſet intendi & aliis quibuſdam modis, ut ſignificaretur agendi modus, quem illi volunt, a Conſtantino & Theodoſio inductus, ut ſublatis actionum formulis & impetrationibus ſatis eſſet ad rectam intentionem, ſi aptam rei & propoſito negotio competentem eam eſſe conſtiterit. *L.* 1. *L.* 2. *C. de for. & imp. act. ſub.* Nam ſi aptitudinem & convenientiam agendi ſpectamus, hic modus unus eſt. Una enim aptitudo & convenientia exigitur in omnibus. Sin ſpectamus negotia ſingula, & pro ſingulorum natura modos agendi fingimus; modi alii agendi ſunt infiniti, ita ut dixi, nunquam alii quidam modi, ut hic ſcriptum eſt. Teneamus igitur alios modos hic accipi debere, non modos agendi aut intendendi in actione in perſonam: ſed aut obligandi, aut ex quibus agitur, & proditæ ſunt actiones. De poſteriore hac ſententia non dubitatur, quin per ſe veriſſima ſit, & certi iuris: cum autem verbis optime conveniat, nihil eſt, quod ei ſententiæ poſſit obſtare. Prior illa aut falſa eſt, aut certe parum liquet.

XVI. *Aut cum eo agit*. Deſcriptio eſt actionis in rem, qua adiuncto exemplo rurſum exprimitur actionis ea definitio, quæ traditur in *d. L. actionum*, *D. de obl. & act.* ut ſit actio in rem ea, per quam rem noſtram, quæ ab alio poſſidetur, petimus: & ſemper adverſus eum eſt, qui rem poſſidet. Ex qua intelligimus eadem illa, & cui detur, & adverſus quem, & in ſumma quid petat. De quibus quia iuſtæ incidunt dubitationes nonnullæ cum ex re, tum maxime ex hoc loco; dicam breviter de ſingulis eodem ordine: ſic tamen ut omnia potiſſimum accommodentur ad explicationem huius loci, cui ſerviunt. Ergo cum quæritur cui & adverſus quem competat in rem actio: animadvertendum eſt ut in actione in perſonam, id ſtatui ex cauſſa, ex qua

hæc

hæc quoque actio conſtituta eſt, ſed in cauſſis hoc inter hanc actionem & ſuperiorem intereſſe, quod actionis in perſonam una cauſſa eſt communis, obligatio: actionis autem in rem cauſſæ duæ, quas concurrere oporteat ad agendum; unam in perſona agentis, dominium: alteram in perſona eius cum quo agitur, poſſeſſionem. In perſona agentis eſt, ut qui agit, rem ſuam eſſe affirmet, ut hic ſcriptum eſt: ut autem comprehenſum eſt ſuperiore definitione, ut petat rem ſuam; in ſumma, ut rei petitæ ſit Dominus, & ſe talem eſſe intendat: id enim eſt, quod alibi dicitur, in rem actionem competere ei, qui aut iure gentium, aut iure civili dominium acquiſivit. *L. in rem, D. de rei vind.* Cæterum dum quis petat rem ſuam; & hic & ſuperioribus locis expreſſum eſt ſufficere ad ius agentis, ut ſit in rem actio: ut efficiatur actionem in rem non alii dari, quam domino, ſeu rem ſuam petenti: & retro omni qui rem ſuam petat, hanc actionem competere. Utrumque quatenus verum ſit, videamus.

XVII. Et prius illud, quo exigimus, ut res ſit actoris, de quibus actionibus accipiendum ſit, paulo poſt declarat Iuſtinianus in §. *ſed iſtæ:* docet autem ad actiones in rem civiles tantum pertinere; alias enim eſſe prætorias & ipſas in rem, eaſque complures, quæ aliis proditæ ſint, quam rem ſuam vindicantibus: de quibus ſuo loco. Unde intelligemus etiam illud quod generaliter dictum videtur, in rem actionem competere ei, qui aliquo iure dominium acquiſivit, de hoc genere actionum in rem civilium dictum eſſe. Nec mirum, ſi hic nihil adiectum eſt diſcretionis cauſa. Nam hæ ſolæ proprie ſunt in rem actiones, quæ ſunt civiles, quippe directæ: prætoriæ autem magis utiles, ut dicetur ad §. *namque, infra*. Alterum autem illud, quo actionem in rem damus omni, qui rem ſuam petit, ex definitione ſuperiore perpetuum eſt: ex hoc loco incidit in quæſtionem. Scribit enim Iuſtinianus in rem actionem eſſe, veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, quam Titius ſuam eſſe affirmet: de re corporali loquitur. Quid ergo, ſi quis rem incorporalem ſuam petat, veluti ſervitutem iure ſibi conſtitutam, in rem actio non erit? Immo erit, quamcumque rem ſuam quis petat.

XVIII. Ac de rebus incorporalibus, puta ſervitutibus, etiam actionem in rem eſſe diſerte ſcriptum eſt in §. *æque*, ſeq. Quod ſi de his in rem actio, etiam vindicatio: cum omnis in rem actio, vindicatio appelletur. §. *appellamus, infr. d. L. actionum, de obl. & act.* quanquam quid opus eſt verbis: cum tot locis diſerte dicantur ſervitutes vindicari? *ut tit. ſi ſervit. vindic. L. 2. §. 1. eod. tit. L. pen. §. 1. D. ſi uſuſf. pet.* Hoc eo dicimus, quod Accurſius hoc loco exponens, cur Iuſtinianus dixerit rem corporalem, hanc rationem reddit, quod incorporalia non vindicentur: idque probat ſcilicet exemplo peculii, cuius vindicationem non eſſe traditur in *L. vindicatio. D. de rei vind.* Nos contra ſciamus ex his quæ diximus, & de rebus incorporalibus noſtris æque actionem in rem eſſe, & quod idem eſt, vindicationem. Ad quod negandum non recte motus eſt peculii exemplo.

XIX. *Vindicatio*, inquit Iulianus, *non ut gregis ita & peculii recepta eſt: ſed res ſingulas is cui legatum peculium eſt, petet*, d. *L. vindicatio*. Non utique quia peculium ſit res incorporalis; fieri enim poteſt, ut omnia quæ ſunt in peculio, ſint corporalia: ſed eo omnino, quod rei vindicatio non eſt niſi de una re, & certa, eaque noſtra. *L. ſi in rem. D. de rei vind.* aut ita de pluribus diverſis, ut omnes iunctæ uni corpori ex pluribus diſtantibus conſtanti ſint ſubiectæ; ut ſi grex petatur. *L. 1. §. ult. L. 2. D. eod.* Peculium non eſt huiuſmodi: cum enim in peculio res omnes eſſe poſſint, mobiles & immobiles, corporales, & nomina: *L. quam Tuberonis, §. ult D. de pec.* ex rebus tam inter ſe diſſimilibus corpus unum confici non poteſt. Et ut poſſet; non tamen eiuſmodi, in quo omnes partes eius corporis poſſint eſſe noſtræ, & eodem iure contineri: cum poſſint aliæ res eſſe ſervi, quatenus peculium dicitur patrimonium ſervi; §. *actiones autem, infra eod.* aliæ illi pigneratæ, aliæ commodatæ, aliæ in nominibus: quæ cum omnes tam vario iure habeantur, omnino ſingulas propria actione peti neceſſe eſt. Quid eſt ergo, quod Iuſtinianus hic rem corporalem nominavit? Dici poterat eum exempli loco nominaſſe: ait enim, veluti ſi rem corporalem poſſideat quis. Sed verius eſt eum conſulto poſuiſſe, quo corporales res ab incorporalibus diſtingueret: de incorporalibus enim ſubiicit poſtea in §. *æque:* verum non ita, ut de incorporalibus rebus negaret eſse actionem in rem, quam poſtea tam diſerte ſtatuit; ſed quia, ut apparet, hoc illi propoſitum erat de actionibus in rem, quæ de rebus corporalibus competant, prius dicere, deinde ſeparatim de actionibus

Digitized by Google

rerum incorporalium. Cui ordini inſtituto ſerviens prius nominat res corporales, ut prius de his dicturus, ex quo deinde perveniat ad incorporales. Ad ordinem igitur inſtitutum ſcribendi, non ad res in hoc genere diſtinguendas hæc adiectio pertinet. At ſupra retulimus hanc definitionem ex *L. in rem, D. de rei vind.* in rem actionem competere ei, qui rei dominium acquiſivit. Quid ergo, dominium ſervitutis dicitur? Sane vero dicitur a veteribus, ut *L. 3. D. ſi uſusf. pet. L. ſemper, §. hoc interdicto, D. quod vi aut clam.* Non quidem proprie: ſed nihil vetat ut in his quatenus illis utimur, poſſeſſionem & traditionem dicimus exemplo rerum corporalium: *L. ult. D. de ſerv.* ſic & in iiſdem quatenus noſtræ ſunt, eodem exemplo dominium intelligi. Certe æque iure civili noſtræ ſunt, atque res corporales, quæ ſunt dominii noſtri: abſurdum igitur & de his eandem actionem civilem non dari.

XX. In perſona eius, cum quo in rem agitur, hoc ſpectatur, ut rem poſſideat: atque adeo dicitur hæc actio ſemper adverſus eum eſſe qui rem poſſidet, *d. L. actionum, de obl. & act.* Unde intelligendum eſt, quod hic proponitur quis rem poſſidere, non exempli tantum cauſſa dictum eſſe, etſi Iuſtinianus utitur particula *veluti*, ad id proponendum: ſed ita additum, quia ad poteſtatem hac actione agendi neceſſario pertinebat. Quod dicitur in rem actio eſſe adverſus eum qui poſſidet; manifeſtam ſententiam habet, ut hac actione teneatur omnis velit nolit qui poſſidet. *L. 1. C. ubi in rem actio.* Quod dicitur eſſe ſemper; hoc amplius ſignificat, non eſſe adverſus alios, & ſi quis non poſſidet, eum hac actione non teneri: nam ſi aliquando poſſet eſſe adverſus alium, verum non eſſet ſemper eam eſſe adverſus poſſeſſorem. Hinc illud præceptum *L. officium*, in pr. *D. de rei vind.* officium iudicis eſſe in hac actione, ut inſpiciat, an reus poſſideat. Verum utrumque: ſed quatenus verum, cautione indiget.

XXI. Poſitum eſt autem in eo, ut ſciatur, quem hic poſſeſſorem accipere debeamus. Et ſciendum eſt in eo proprietate verbi nos non uti, ſed paulo latius quoſdam hoc verbo contineri, etiam qui vere poſſeſſores non ſint. Proprie is ſolus poſſidere dicitur in uſu iuris, qui rem affectu dominantis tenet, ut Theophilus recte definit in *§. idem placet, ſupra, per quas perſ. nob. acq.* idque ex eo ipſo loco. Quod partibus definitionis ex Iure certo petitis, fiet certius. Nempe hoc declarat definitio, ad poſſeſſionem duas has res eſſe neceſſarias, detentionem rei, & rem pro domino habendi affectum. Recte utrumque. Nam ſi quis rem tenet, ſive is nunquam tenuit, ſive cum cœpiſſet tenere & poſſidere, amiſit poſſeſſionem, certum eſt hunc non poſſidere. *L. 3.* in pr. *§. Neratius, §. Nerva, D. de acq. poſ.* Sed etſi quis rem tenet iuſta ex cauſſa; non tamen ut ſuam, ſed ut alienam, non poſſidet; ut fructuarius, *d. §. idem placet*, ut colonus. *L. non ſolum, §. 1.* in fin. *D. de uſuc.* Quare ſi proprietatem verbi & veritatem rei hic ſequimur: nec qui rem tenent, non etiam poſſident, hac actione tenentur: & multo minus, qui cum tenuiſſent, amiſerunt rei detentionem, etiam ſi prius vere & civiliter poſſedisſent. Quorum utrumque ſecus eſt. Hoc eſt igitur, quod hic de verbo poſſeſſoris præcipiendum eſt, hoc verbo in hac actione quatuor genera reorum contineri, adverſus quos iure ſit in rem actio. Primum veros illos poſſeſſores, qui rem affectu domini poſſident: quod dubitationem non habet, cum proprie dicantur poſſeſſores: unde ſæpe, quod poſſeſſoribus rerum lege tribuitur, ita iſtis tribuitur, ut cum aliis denegetur omnibus alienas res quanvis iuſte tenentibus, tamen in veris illis ſemper locum habeat: ut in uſucapione, quæ tribuitur recte poſſidenti, *d. §. idem placet, ſupra per quas perſ.* Ut in remiſſione ſatiſdationis iudicio ſiſti, quæ data eſt olim rerum immobilium poſſeſſoribus. *L. ſciendum, D. qui ſat. cog.* Nec intererit, utrum quis ex his poſſeſſoribus rem poſſideat animo & corpore, an vero animo dumtaxat; ut fit, cum aut poſſidet per alios, aut corpore digreſſus a fundo poſſeſſionem animo retinet: utroque enim modo pariter iure poſſidet. *§. poſſidere. infra de interd.* ſed & habet reſtituendi facultatem, qui reverſus, niſi vi prohibeatur, poteſt corpore recipere poſſeſſionem, quam reſtituat. *L. clam*, in fin. *L. ſi id quod, §. quod autem, D. de acq. poſ.* Hæc autem facultas reſtituendi in hoc iudicio ſolum quæritur, ut dicetur in petitione huius actionis. Atque hinc etiam acceptum ſecundum genus poſſeſſorum. Placuit enim poſſeſſorem hic intelligi omnem, qui tenet; ut quiſquis tenet, quia habet reſtituendi facultatem, ab eo res peti poſſit: puta ab eo, apud quem res depoſita eſt, vel commodata, & ſimilibus. Sic enim affirmative legitur Pandect. Flor. in *L. officium*, in fin. *D.*

de

Digitized by Google

de rei vind. Et recte. Id enim contextui convenit. Prius relata erat ſententia Pegaſi ex proprietate verbi id negantis. Ulpianus per adverſativam affirmat. Efficitur autem perſpicua ratione. Nam ſi verus poſſeſſor, qui plus iuris habet ad rem tenendam, tamen vindicatione tenetur: multo certe æquius eſt teneri eum, qui minus iuris habet ad eam detentionem. In re quidem dubia verbis legis ſtandum eſt, nec a ſignificatione, id eſt, proprietate recedendum. Sed in re dubia inquam; non etiam cum manifeſtum eſt aliud ſenſiſſe ſcriptorem. *L.* 1. *§. licet*, verſic. *in re*, *D. de exercit. L. non aliter*, *D. de leg.* 3. Manifeſtum eſt autem, cum lex actionem in rem dat adverſus poſſeſſorem, eam de eo qui tenet ſentire: quoniam dat in hoc, ut rem reſtituat; quæ facultas non minus in eo eſt, qui rem tenet, æquitas autem ad eum ad reſtitutionem cogendum maior. Unde evenict, ut ſæpe qui agit, idem & dominus ſit, & vere poſſideat; & tamen nihilominus recte agat adverſus eum qui tenet ſolum, & habet reſtituendi facultatem: ut cum dominus rem vindicat a colono: de quo poſtea ad illa verba: *Ei vero qui poſſidet*. Hoc amplius & qui omnino rem non tenent nec animo nec corpore, hoc verbo continentur, ſi cum prius poſſiderent, dolo deſierint poſſidere. Tenentur & hi in rem actione non minus. *L. qui petitorio*, *D. de rei vind. L. nec ullam*, *§. pen. D. de ſer pet.* At diximus hanc actionem ſemper adverſus eum eſſe, qui rem poſſidet. *d. L. actionum, de obl. & act.* Conſtat autem eum qui poſſidere deſiit, amplius non poſſidere, quantumvis deſierit dolo. Et non poſſidet hic quidem re vera, ſeu natura; ſed poſſidet iuris interpretatione. Sic enim ius dolum accipit in omnibus cauſſis, ut ſit dolus pro poſſeſſore: ut qui dolo deſiit poſſidere, pro poſſeſſore habeatur. *L. qui dolo*, *L. parem*, *D de reg. iur.* Hac ipſa de cauſſa placet & eum teneri rei vindicatione, qui cum non poſſideret, nec dolo feciſſet, quo minus poſſideret, ſic tamen ſe obtulit rei defenſioni, quaſi poſſideret, cum actor ignoraret, & in hoc errore actoris litem cum eo conteſtatus eſt. *L. is qui ſe*, & *L.* ſeq. *D. de rei vind.* Quippe & hic pro poſſeſſore: decepit enim actorem; quæ ratio redditur in *d. L. is qui ſe*; pro poſſeſſore autem dolus eſt ex regula iuris ſuperiore. *L. qui dolo*, *D. de reg. iur.* Sunt ergo hi in numero poſſeſſorum, quos ſub hac appellatione actione in rem teneri volumus. Quod ſi qui ſint, qui neque rem teneant, neque dolo deſierint tenere, poſſidere, nec ſe dolo ut poſſeſſores liti obtulerint, hi utique hac actione non tenebuntur. *d. L. qui petitorio*, *de rei vind.* Quæ ſi ita ſunt, apparet hanc actionem ex poſſeſſione naſci, ſi quæritur de eo, cum quo agitur.

XXII. Itaque recte ſcriptum eſt in *L. unic. C. de alt. iud. mut. cau. fac.* poſſeſſionem parere in rem actionem adverſario. Non enim aliud eſt parere actionem alicui, quam efficere, ut ille actionem habeat. Id quod præſtat in hac actione poſſeſſio eius, qui cum agitur: quæ facit, ut adverſarius eius, id eſt, actor, poſſit adverſus eum hac actione experiri. Apparet hinc etiam vere dici huius actionis hac parte cauſſam eſſe poſſeſſionem. Ea enim cauſſa eſt efficiens cuiuſque actionis, qua poſita, ſequitur actio; detracta, actio definit. Quod hic accidit ex poſſeſſione: hac enim poſita tenetur reus qui rem noſtram poſſidet. Simul atque deſiit poſſidere, ſi quidem ſine dolo, amplius non tenetur.

XXIII. Atque hoc rurſum ſi ita eſt, intelligitur quam vere hic dictum ſit a Iuſtiniano, hac actione agi cum eo, qui nullo iure nobis obligatus eſt. Efficitur enim ex ſuperiore. Nam ſi poſſeſſor rei noſtræ ob poſſeſſionem ſolum nobis tenetur: hac ſine dolo amiſſa ſua ſponte deſinit teneri, ut dixi. Non ergo ante poſſeſſionem quidem fuit obligatus: alioqui non liberaretur ullo facto ſuo, niſi rei poſſeſſæ reſtitutione. Is enim obligatus intelligitur, qui vinculo iuris ita obſtrictus eſt ad aliquid præſtandum, ut non liberetur niſi rei debitæ, & ad quam tenebatur, ſolutione, ut eſt definitio obligationis. *de obl.* in princ. *ſupra.* Aliud eſt igitur teneri, aliud obligatum eſſe. Quiſquis obligatus eſt, tenetur actione. At non quiſquis tenetur aliqua actione, idem eſt obligatus: *ut teneri* generis nomen ſit: *obligatum eſſe* ſpeciei. Is poteſt teneri actione, qui tamen facto ſuo liberari poteſt: ut poſſeſſor rei vindicatione, qua prius tenebatur, si poſſeſſionem ſine dolo malo ſuo amiſerit. Ut pater aut dominus actione de peculio, ſi quid in peculio ſine dolo malo habere deſinant. *L. ſumma*, *D. de pecul.* Quæ res oſtendit, ita ob præſentem poſſeſſionem iſtos aliquando cœpiſſe teneri, ut tamen propter eam non fuerint obligati. Non obligatur quiſquam, niſi qui ita tenetur, ut ex quo teneri

teneri cœpit ad aliquid præſtandum, non poſſit ullo facto ſuo quamvis minime fraudulento eam præſtationem evitare.

XXIV. Petitio huius actionis propria quæ ſit, indicat ſuperior illa definitio actionis in rem: per hanc, inquit Ulpianus, rem noſtram petimus. *d. L. actionum, D. de obl. & act.* Ita prius actor rem ſuam eſſe intendit, quæ ab alio poſſidetur: Unde intentio huius loci, quam Titius ſuam eſſe affirmet, ſic deinde eam rem petit. Petere rem ſuam, non eſt petere, ut res noſtra nobis detur: quod enim noſtrum eſt, amplius noſtrum fieri, eoque & nobis dari amplius non poteſt. §. *ſic itaque, infra eod.* Sed eſt petere, ut res noſtra nobis reſtituatur. Hinc officium iudicis in hac actione ad hanc intentionem & petitionem accommodatum: quod conſtat his partibus, ſi quidem intentio vera eſt. Primum de dominio pronuntiat: & rem petitam non facit eius qui egit, quoniam ante fuit eius, ſed eius eſſe ſententia ſua declarat. *L. ex diverſo*, §. 1. *de rei vind. L. ſicut* §. *ſed ſi quæritur, D. ſi ſer. vind.* Secundo loco iubet rem reſtitui cum fructibus, omnique cauſſa, *L. officium, L. ex diverſo*, §. 1. *L. præterea, D. de rei vind.* Eſtque hic iuſſus, non tam ſententia, quam arbitrium iudicis & velut interlocutio, quam deinde ſententia ſequatur. Nam ſi reſtituere iuſſus iudici non paret; hic demum tertio loco ſequitur illa ſententia iudicis, qua condemnatur reus quanti ea res erit iureiurando actoris æſtimata, ſi quidem dolo malo eius factum eſt, quominus reſtitueret: aut ſi ſine dolo eius, quanti vere res eſt, id eſt, quanti actoris interſuit. *L. qui reſtituere, D. de rei vind.* de quo plura poſtea ad §. *præterea, infra.*

XXV. *Poſſeſſor autem dominum eius ſe eſſe dicat.* De actione in rem, eoque & de actore eius actionis ſuperiora: uti de actione nunc ſolum agitur. De defenſione tamen poſſeſſoris interſeritur obiter hæc particula: quæ quia incertum facit, an huiuſmodi aliquid pro natura actionis dicere poſſeſſor debeat, paucis attingenda eſt. Teneamus vero id quod omnes concedunt, exceptis quibuſdam qui magno conatu in re aperta litem movent: teneamus hoc, inquam, ad defendendam ſibi rei petitæ poſſeſſionem non eſſe neceſſe poſſeſſori contra [2] vindicare, ſeu dicere dominum ſe eſſe eius rei quæ petitur: ſatis eſt negare rem eſſe actoris, idque ſive actor non probet rem ſuam eſſe, ſive probet. Actore quidem non probante, ius certum eſt reum quanvis nihil ipſe præſtiterit, obtinere, id eſt, non cogi poſſeſſorem rem reſtituere, atque ita in ſuo loco manere poſſeſſionem, *L. qui accuſare, C. de eden. L. ult. C. de rei vind.* §. *commodum, infra de interd.* Hoc, inquam, etſi reus nihil præſtiterit, ut eſt in *d. L. qui accuſare, C. de eden.* Ergo etſi nulla defenſione ſit uſus, ut ſe magis dominum eſſe diceret: hoc enim facere, aliquid præſtare eſt. Ergo etſi dixerit, tamen eius rei probationem nullam implere cogitur. Et quid attinet exigere a reo, ut dicat, quod non cogitur probare, & quo non probato nihilominus obtineat? ſic enim nihil profuerit actori reum id dixiſſe. Nunc autem actoris cauſſa id exigitur, ſi exigatur, ne reus abſque eo ut ſuperius illud dicat, abſolvatur. Sed hoc facilius quis admittit, ſi actor non probet ſe eſſe dominum. At quid ſi probet rem ſuam fuiſſe: puta ſe recte emiſſe ab eo, a quo oportet,

2) Conſentit Hot. *ad* §. 1. *I. de act. ſub fin.* & Mudæ. *ibidem* verſic. *vel cum eo agit*, *n.* 60. qui antiquarum formularum reliquias latere in *d.* §. 1. ſcribunt, ſed poſteriores Iuriſconſultos, defenſionem in ſola negatione poſuiſſe, atque hoc eſſe commodum poſſeſſionis. Plane antiquitus, ſi reus non contradiceret, aut contravindicaret: tanquam ex ceſſione in iure facta, Prætor continuo ſecundum petitorem vindicias dabat, eique rem addicebat ita: Quando neque ais, neque negas, illum fundum, præſenti, & vindicanti, addico, Valer. Prob. *in notis* Hortenſ. ad *d.* §. 1. Cont. 1. *Diſput.* 12. Broidæ *Supplem. ad Hiſt. fori Pollettı Lib.* 5. *Cap.* 4. Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 8. *n.* 11. Quo reſpiciebat illa formula: Quando te in iure conſpicio, poſtulo, anne fias auctor, id eſt an periculum iudicii recipias, Hot. 7. *Obſ.* 5. Probatio tamen contravindicanti nulla incumbebat, niſi actoris intentione prius impleta, Cont. *d. loc.* Hodie autem ſatis eſt, ſi neget, rem actoris eſſe (1) per *L. ult. C. hoc t. L.* 42. *de pet. her. L.* 2. *L.* 23. *Cod. de probat.* Hortenſ. Hot. & Mudæ. *dd. locis*. Quod & pluribus contra Contium *d. C.* 12. adſtruit Weſenb. *ad hunc tit. C. n.* 54. (2) Quia nec titulum poſſeſſionis dicere, cogitur reus *L.* 11. *C. de probat.* Ergo nec dominium allegare. Falliturque Contius dum ſcribit abſolvi poſſeſſorem non etſi nihil dicat, nulla defenſione utatur, ſed etſi nihil præſtet, id eſt, probet. Aliud eſſe, verbotenus, contra vindicare; aliud, probationes dominii exhibere. Nam *d. L.* 11. probat nec dicere, vel allegare eum cogi. Weſ. *d. loc.* & *L. ult. C. h. tit.* abſolvi quoque eum, quem conſtat, iniuſte poſſidere, Petr. Barboſa *ad L. ſi alienam* 11. *ipſi* 12. *D. Sol. matr. n.* 60. Nec verba, *etſi nihil præſtat L.* 4. *C. de ed.* ad probationes reſtringenda. Et quorſum quæſo allegatio eius, quod non probandum, & quo non probato, reus æque obtinebit. Quin ſi dicere non cogitur poſſeſſor pro qua parte, res eius ſit *L.* 73. *h. t.* utique nec quod tota arg. *L.* 76. *h. t.* Quid, quod abſque ſua allegatione, reus ex poſſeſſione ſola præſumitur dominus, per *L.* 15. verbis *in detinendo dominio C. hoc tit. L.* 2. *C. de prob.* Quin neceſſitate ea contra vindicandi poſita, ex ſimplici iudicio petitorio, conſtituitur, duplex: ut poſſeſſor quoque actor ſit, Weſ. *d. loc.* Denique etſi palam agnoſcat reus, rem ſuam non eſſe, cauſſam poſſidendi ſe nullam habere, non tamen inde actor vincit, nec rem ſuam eſſe probat, ſed manet ea, apud poſſeſſorem ex regula, eum cuius non intereſt, non admitti ad agendum *L.* 1. *C. Sine cenſu vel reliq.* Vaſq. 2. *Ill. Contr.* 85. *n.* 1. Paul. Æmil. *Deciſ. Rota* 31. *P.* 1. Eo ipſo enim, quod poſſidet, potior reus eſt, ipſique facilior retentio, quam alteri perſecutio.

Digitized by Google

tet, & ſibi traditam eſſe: poſſeſſor autem hac probatione cognita probare velit ſe poſtea uſucapione dominum eſſe factum: an non ſaltem in hunc caſum neceſſe eſt initio litis conteſtatum eſſe hanc defenſionem, ut ſe potius dominum eſſe affirmet? movet, quod cum actor intentionem ſuam probavit, admittitur quidem contraria rei defenſio, ſed hac lege, ſi eius defenſionis habita ſit initio litis conteſtatio. *L. præſcriptionem*, *L. ſi quidem*, *C. de exc.* Et ne in eum quidem eventum neceſſe eſt poſſeſſori [3] initio dicere ſe contra eſse dominum: non quod non debeat deduci in iudicium & litis conteſtationem ea defenſio, qua poſtea reus uti velit: ſed quod ſatis ſuperiore inficiatione contineatur ea, qua ſe dominum eſse dicit. Nam qui actorem negat eſse dominum, idem affirmat eum dominum non eſse: atque hac ſive negatione ſive affirmatione dicit [4] omnia, quibus fit, ne ille ſit dominus: ſive ideo accidit, quia nunquam ante dominus fuit; ſive ideo quod cum fuiſset dominus, poſtea dominium in poſsesſorem eſt translatum: hoc enim alteri poſtea quæſito, ſimul & prior dominus eſse deſinit: quoniam duorum in ſolidum dominium eſse non poteſt. *L. 5. §. ult. D. com.* At in vetere formula huius actionis eadem conteſtatio litis fuit: FUNDUS SABINUS MEUS EST: IMMO MEUS: teſte Cicerone in *oratione* pro Muræna. Fuit, & eſt etiam hoc loco: ut non dubitem hoc ex vetere illo iure hic hæsiſse veſtigium. Sed additio illa, *immo meus*, neque fuit veteribus, neque nunc eſt poſsesſori neceſsaria eo, vel ut cogatur poſsesſor idipſum de iure ſuo probare, actore de ſuo non probante; vel ut hoc probante poſsesſor ad ſuperioris defenſionis probationem admittatur, ut oſtendi. Quorſum ergo adiicitur hoc loco, aut in vetere formula uſurpata eſt? ut poſsesſori caveretur haud dubie; non tamen quia neceſse eſset adiici, ſed quia illi honeſtum, & quia utile. Honeſtum eſt, ne videatur rem ſibi defendere tantum ob id, quod actor iure agendi deficiatur, non quia ipſe ullum ius dominii in re habeat: quod videtur non iuſte poſseſſionis habere confeſſionem. Utile eſt ad iudicem conciliandum, ut de cauſsa poſsesſoris melius ſentiat, atque ita ei faveat. Iis enim ſolemus favere, de quibus bene exiſtimamus: averſi contra eſse ab iis, de quibus male. Sane ſi velit poſseſsor non abſolvi tantum, ſed de ſe quoque [5] pronuntiari ſe eſse dominum: rectius faciet, ſi initio in lite conteſtanda dominum ſe eſse dicat, & contra vindicet. Nam ſi negaverit tantum adverſarium dominum eſse, non videtur iudex aliud pronuntiare poſse pro reo, quam hoc ipſum: ut in omni iudicio ultra id quod in iudicium deductum eſt, excedere poteſtas iudicis non poteſt. *L. ut fundus. D. com. divi.* Nec multum profuerit poſsesſori, ſi ad iſtam inficiationem probandam poſtea ſe ipſum dominum eſse oſtenderit. Nam cum eo tantum retulerit hanc probatio-

3) Et ita exceptio dominii quandocunque ante ſententiam opponi poteſt ad hoc ut reus abſolvatur arg. eorum quæ habet Petr. Barboſa *ad L. ſi alienam* 11. *ipſi* 14. *Sol. matr. n.* 22. *& ſeqq.* Ad hoc autem, ut ſuper dominio rei feratur ſententia, non item, cum ſententia petitioni conformis eſſe debeat, nec illa, poſt litem conteſtatam mutari poſſit. Facit *L.* 9. *C. de præſ. long. temp.*

4) Unde efficitur, etſi alias exceptio de iure tertii, a quo reus nullum ius, vel cauſſam habet, non audiatur *L.* 4. §. 7. *Si ser. vind.* Weſ. *Conſ.* 15 *n.* 97. Monter. a Cueva. *Deciſ.* 42. *n.* 88. Teſſaur *Deciſ.* 4. *n.* 1. hic tamen exceptio de dominio tertii efficax, per *L. ult. Cod. hoc tit. L.* 6. iunct *gl. v. apparuit C. de ser. fugit.* Quia hæc perimit ius agentis, actorem in totum a ſua petitione excludit, ac in effectu concludit, illum ſine actione agere, Teſſaur. *d. Deciſ.* 4. *n.* 1. Ioan. Petr. Surd. *Deciſ.* 144. *n.* 19. Petr. Barboſa ad *L. ſi alienam* 11. ipſi 12. *D. Sol. matr. n.* 4. *&* 5. *ac n.* 51. ubi docet, eum quoque ſic recte excipere, qui cauſſam a vindicante habet, & *n.* 52. etiam eum, qui poſſeſſione ſpoliavit petitorem. Ibidemque *n.* 57. *& ſeqq.* tractat, an de utili quoque dominio tertii, vindicanti domino directo opponi exceptio poſſit. Ac quod admittenda hæc exceptio, etiam poſt litem conteſtatam, Teſſaur. *d. Deciſ.* 4. *n.* 8. quia non tam ſit de iure tertii, quam de non iure agentis. Quare impleta intentione actoris, hoc probandum ſuſcipere reus poterit. Quin nec omnino neceſſe eſt, ut poſtquam actor probavit, ex. gr. ſe emiſſe a domino, reus, ut contra probando doceat ſe, vel alium dominum eſſe, forte, quia uſuceperit, ſed & ſi alia ratione probationes eius elidat, obtinebit: Veluti ſi obiiciat actori, quod ſit incapax eius rei, qui conditione perſonæ dominus eſſe nequeat, ex. gr. ſi ſervum petenti obiiciatur, quod ſit Iudæus, mancipium autem Chriſtianum &c.

5) Defenſio, quæ in ſola inficiatione dominii actoris, parit reo ſolam abſolutoriam *L. ult. C. h. t.* & quæ in contra vindicatione, efficit, ut res una eius eſſe declaretur, Mudæ. *in* §. 1. *I. de act. n.* 61. Itaque maioris auctoritatis eſt pronunciatum, rem eſſe rei conventi, quam ſimplex abſolutio. Coler. *Conſ.* 30. *n.* 77. Hæc enim, ipſi quidem reo proficit, quouſque poſſidet, ut habeat exceptionem rei iudicatæ contra actorem. Aſt, ſi poſſeſſione cecidit, etſi ea ad petitorem pervenerit, nulla ſic abſoluto contra hunc actio, nec in rem, per *L.* 11. *pr. de iurei.* nec Publiciana arg. *L.* 7. §. 7. *de Public.* iunct *L.* 2. *de iurei.* Neque enim, ex titulo ſententiæ, rem tenet, iure dominii, vel quaſi; nec aliquod ius in re ei ſententia tribuit, quia non pronunciatum ideo eſt, rem ſuam eſſe; ſcite Weſ. *ad h. t. n.* 47. Quando autem, contra vindicando, reus ſuam eſſe probavit, non ſimpliciter tantum abſolvendus, ſed & ipſe dominus declarandus. *L.* 14. *D. de probat. Cap. cum cauſſa extr. de ſent. & re iud.* Hartm. *Tit.* 45. *Obſ.* 2. Eoque ipſo una iudicatum, rem actoris non eſſe, *L.* 40. §. 2. *de Procur. L.* 15. *de exc. rei iud.* per regulam Res duorum inſolidum eſſe nequit. Quare hæc ſententia, ſi poſſeſſionem amiſerit, contra actorem eiuſque heredes ad agendum etiam prodeſt, cum ſententia inter eos, ius fecerit, Weſ. *ad d. t. C. n.* 57. add. idem *Conſ.* 6. *n.* 62. *& ſeq.* ut Coler. *Conſ.* 30. *n.* 77. Unde apparet, reum, cui probatio dominii ſui expedita, non fruſtra fiducia ſui iuris, eam in ſe recipere inata *d. L.* 14. *de probat.*

bationem, ut efficeret actorem dominum non eſse: ſemper huc res redit, ut ea probatione confirmet id ſolum, quod in iudicium deductum eſt; non ut rem novam in iudicium deducat, Iam autem dixi ultra id quod in iudicium deductum eſt, excedere non poſse poteſtatem iudicis. Et ut vellet novam intentionem deducere, dubitari poteſt, num poſset: cum ne exceptio quidem admittatur poſtea, niſi quæ initio litis conteſtata eſt, *d. L. ſiquidem. L. præſcriptionem, C. de exc.* Et certe in ſpecie *L. circa, D. de prob.* is qui ex poſseſsione ingenuitatis dicebatur eſse libertus, auditur quidem probationes de ingenuitate ſuſcipiens, & ſententia iudicis cum probaverit, pronuntiatur ingenuus: ſed cum ab initio non negaret tantum actorem patronum ſuum eſſe, ſed diceret ſe eſſe ingenuum. Et hoc ab initio intendi, ac contra vindicari tutius ab omni eo, qui rem ſuam eſſe vollet pronuntiari. Itaque hoc caſu contra vindicare neceſſe fuerit: ſed ita, ut potius hæc poſseſsoris actio ſit mutua, quam adverſus actorem defenſio: de qua nunc quæritur.

Æque,
§. II.

Summa §. I.
Quæ hic expendenda. II.
Confeſſoria cur in rem, & quam vim hoc habeat. III.
Confeſſoriæ quæ reſtitutio, & quis in ea iudicii exitus, IV.
Confeſſoria cur ſic dicta: & a re eſſe, non a conceptione orationis. V.
Confeſſoria cur prodita de ſervitutibus. VI.
Negatoria cur in rem. VII.
Negatoria cur dicatur competere de ſervitute, quæ nulla eſt. VIII.
Negatoria adverſus quem: & eſſe etiam adverſus eum, qui ſervitutem ſibi non defendat. IX.
Negatoria in actione quæ reſtitutio, & quod officium iudicis. X.
Negatoria cur ita dicatur, & hoc item ex re eſſe, non ex conceptione orationis. XI.
Altius tollendi ius an ſervitus; & an de eo actio confeſſoria; & quando. XII. XIII.
Actor quid Iuſtiniano in illis verbis per quem neget rem actoris eſſe. XIV.
Illa verba Ei vero qui poſſidet, *recte poſita, & eorum ſententia.* XV.
Ratio Iuſtiniani illa, Nam in his agit, *qualis & quam propoſito probando conveniat.* XVI.
Agit qui non poſſidet, *quomodo hic accipiendum.* XVII.
Negatoria cur non detur de re corporali, de ſervitute autem competat. XVIII.
Actionem in rem poſſeſſori non dari, nec confeſſoriam, nec negatoriam. XIX.
Actio in rem cur poſſeſſori non detur: tum confeſſoria, tum negatoria. XX. XXI. XXII.
Actionem in rem poſſeſſori non dari, dictum eſſe de rebus corporalibus: ad ſervitutes non pertinere. XXIII.
Actio in rem de ſervitutibus prodita etiam poſſidenti, tam confeſſoria quam negatoria: & cur potius, quam in rebus corporalibus. XXIV.
Actionem in rem de re corporali etiam poſſeſſori dari, & hoc quomodo intelligendum, & quam conveniat cum prioribus. XXV.
Actoris partes onus probandi, & cur. XXVI.
Poſſeſſoris commodum. XXVII.
Actoris partes obtinet poſſeſſor non uno caſu, ſed multis, & quibus: & quam hi ad definitionem Iuſtiniani pertineant. XXVIII.
Poſſeſſor nemo partes actoris, ſeu onus probandi ſuſtinet, quatenus poſſeſſor eſt, ſed quatenus prius actor eſt, aut pro actore habetur. XXIX.
Non in Interdicto uti poſſidetis ſolum accidere, ut poſſeſſor partes petitoris obtineat. XXX.
In Servitutibus non eſſe unum illum caſum, de quo hic traditur. XXXI.
L. ſi prius, D. de oper. nov. nuntiat. *non habere hunc unum caſum.* XXXII.
Qui ſuſcipit ultro in ſe probationes, poſſe eum ſolum dici, qui partes actoris obtineat. XXXIII.
Probatio in iudicio intendentibus quid, & id obtinere volentibus, pariter omnibus neceſſaria: etiam ei poſſeſſori, qui probationes in ſe ultro ſuſcepit. XXXIV.
Obtinere partes actoris, & ſuſtinere diverſis rationibus recte dici de omnibus, qui partibus probandi funguntur in iudicio. XXXV. XXXVI.
Uno caſu, Iuſtinianum non ſcripſiſſe, aut de uno caſu non ſenſiſſe: idque ex verbis demonſtratur. XXXVII.

In

In hoc caſu, ſeu illo caſu, hic non recte legi. XXXVIII.

Sane non uno caſu, *legendum: aut* ſed non uno*: aut* ſed nec uno: *& quam lectio huic loco per omnia conveniat, & ſola.* XXXIX.

Theophili locus emendatus. XL.

Æque ſi agat quis, ius ſibi eſſe fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi: in rem actio eſt. Eiuſdem generis eſt actio de iure prædiorum urbanorum: veluti ſi quis agat ius ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi, proſpiciendive, vel proiiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de uſufructu, & de ſervitutibus prædiorum ruſticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque proditæ ſunt actiones: ut ſi quis intendat ius non eſſe adverſario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi proſpiciendive, vel proiiciendi immittendive: iſtæ quoque actiones in rem ſunt, ſed negativæ. Quod genus actionis in controverſiis rerum corporalium proditum non eſt. Nam in his agit, qui non poſſidet: ei vero, qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe. Sane uno caſu qui poſſidet, nihilominus is actoris partes obtinet, ſicut in latioribus Digeſtorum libris opportunius apparebit.

I. DE re corporali actionem io rem proxime dixerat, ſi quis rem ſuam petat ab eo qui poſſidet. Subiicit non de corporali tantum hanc actionem eſſe, ſed æque, id eſt, ſimiliter & de rebus incorporalibus quæ noſtræ ſint, iiſque omnibus, quod indicat exemplis ſervitutum. Nam res incorporales, quæ quidem noſtræ ſint, ſunt ſervitutes. Ideo harum exemplis utitur. Et quoniam dubitari poterat, num competeret de omnibus; ad dubitationem hanc tollendam exempla retulit. Nam cum ſervitutum quædam ſint perſonarum, ut uſus, uſusfructus: quædam rerum ſeu prædiorum: *L.* 1. *D. de ſer.* & quæ prædiorum ſunt, earum quædam prædiorum urbanorum; quædam ruſticorum: quæ commemorantur *ſupra de ſervit.* in princ. & §. 1. item *L.* 1. *D. de ſervit. ruſt. præd.* animadvertere licet eum omnium generum exempla poſuiſſe, in quibus & hanc actionem ſtatueret: quod ſane non alio ſpectat, quam ut intelligamus competere eandem actionem de omnibus. Hoc intereſſe docet in hoc genere inter res corporales & incorporales, quod in ſervitutibus duæ ſunt io rem actiones proditæ. Una dicenti ſervitutem ſuam eſſe, ſeu ſibi deberi a re alterius: quam actionem hic ooo nominat: iuris auctores confeſſoriam vocant: altera ei, qui negat rem ſuam ſervitutem debere: quam hic vocat oegativam: noſtri in uſu iuris negatoriam. *L.* 2. *D. ſi ſer. vind.* Unde horum titulorum inſcriptiones: *Si uſusfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.* Item, *Si ſervitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.* Petitionis & vindicationis verbo in rem actio ſignificatur, *L. actionum: L. actio, D. de obl. & act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb ſignif.* Petitur & vindicatur ſervitus, de qua in rem agitur, ſed confeſſoria actione. Negatur ad alium pertinere, de qua itidem agitur in rem, ſed negatoria. De rebus corporalibus uoa tantum actio io rem, prodita ei qui rem ſuam eſſe intendit, id eſt, confeſſoria. Nunquam ei qui negat: cuius & rationem reddit in extremo.

II. Atque hæc ſumma ſententia huius loci. Io quo quædam ſunt, quæ habent dubitationem: quæ si diſtincte propoſita recte atque ordine explicantur, locus alioqui omnium ſententia vix pervius poterit patere. Ea ſunt quatuor, quorum tria pertinent ad actiones: unum eſt io exemplis, quæ hic proponuntur. De actionibus ut tria complectitur Iuſtinianus, ita ſingulorum ratio cognoſcenda eſt: ſine quo harum actionum uſus non magis intelligetur, quam si omnino hic non eſſent propoſitæ. *Primum*, cur dicantur hæ actiones in rem, & quam vim id habeat. *Alterum*, cur & unde ita vocentur, illa confeſſoria, hæc negatoria. *Tertium*, cor hæ proditæ sint actiones in rem duæ de ſervitutibus, cum In vindicatione rerum cor-

corporalium una tantum sit prodita confeſſoria. Quæ ſingula ordine in unaquaque harum actionum breviter expendemus, ac primum in confeſſoria.

III. Eſt ergo actio confeſſoria, qua ſervitus petitur, & vindicatur, itidem in rem actio, ut illa de re corporali; oempe iiſdem de cauſſis. Actio in rem eſt per quam rem noſtram petimus: *L. actionum, D. de obl. & act.* Et confeſſoria de ſervitute eiuſmodi, per quam ſervitutem nobis competere, id eſt, noſtram eſſe intendimus, *L. 2.* in pr. *D. ſi ſer. vind.* Non enim si nobis promiſſa ſit tantum ſervitus, locus eſt huic actioni. Sed etſi nobis fundus venditus ſit, nec traditus, actione ex empto, id eſt, in perſonam agitur, nt venditor fundum tradat, & tradendo ſi dominus eſt, noſtrum faciat, *L. ex empto*, in pr. *D. de act. em.* ita & de ſervitute, ſi forte vendita ſit, nec tradita: idemque, etſi ſit promiſſa aut aliter ex contractu debita. Ex contractu enim obligatio: nec obligationis ſubſtantia in eo eſt, nt aliquod corpus noſtrum, aut ſervitutem noſtram faciat; ſed ut alium nobis obſtringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel præſtandum, *L. 3. D. obl. & act.* ubi autem ſervitus tradita erit, qnod fit uſn ſervitutis & domini patientia hunc uſum in re ſua permittentis: *L. ult. D. de ſer. L. 3.* in pr. *D. de uſuf.* tum ſervitus incipit eſſe noſtra: de qua ob eam cauſſam lam agere in perſonam non licet, ut nobis detur, quæ iam noſtra eſt: *§. ſic itaque, infra eod.* ſed hæc ſola eſt actio, per qoam ſervitutem noſtram eſſe intendamus. In rem actio de re corporali eſt adverſus eum qui rem poſſidet, tenet, & habet reſtituendi facultatem. Et confeſſoria ſuo modo adverſus poſſeſſorem ſervitutis. Competit namque non adverſus eum, qui quandoque nobls obligatus ſervitutem dedit; qui ſolutione eius quod debuit, omnl obligatione liberatus eſt: ſed adverſus omnes omnino, qui nos ſervitute uti quoquo modo impediunt, ſive ſervitutis faciant controverſiam, ſive non faciant, *L. loci, §. ſi quis mihi. L. ſi quis diuturno, §. ult. D. ſi ſer. vind. L. pen. §. 1. D. ſi uſuſf. pet.* Quod non aliod eſt, niſi adverſus ſervitutis detemptorem & occupatorem dari. Ut enim in rebos corporalibus ſi quis rem corporalem noſtram tenere nos aut attingere non ſineret, id non faceret aliter quam ut ipſe rem occupatam teneret ſolus, quam nobis non redderet, quam ob rem & actione in rem teneretur: ſic in ſervitute ſi quis ea nos nti prohibeat, eam ſuo quodam modo detinere poſſidereque recte dicatur: adverſus quem ideo ſic inteodamus recte, ut ea quaſi occupatione & detentione cedat. Dicitur tamen confeſsoria etiam poſseſsori interdum dari, ut idem ſit petitor iuris & poſseſsor *L. etſi, §. 1. D. ſi ſer. vind.* nempe ergo & adverſus eum, qui non poſſidet: quoniam duo in ſolidum eandem rem poſſidere non poſsunt. *L. 3. §. ex contrario, D. de acq. poſ.* Quod & verum eſt; nec ſunt hæc contraria: ſed idem hic fit, quod in vindicatione rerum corporalium fieri ſupra indicavimus, & exponetur pluribus in illis verbis, *ei vero qui poſſidet*. Actio dari poteſt ei qui ius vere poſſidet, quo caſu & erit adverſus eum qui vere non poſſidet. At nunquam datur ei, qui ſervitutem detinet: ſemper autem adverſus eum qui velut occupatam tenet: & ita poſseſsorem intelligi volumus, cum dicimus actionem in rem poſseſsori non dari: dari autem adverſus poſseſsorem.

IV. Petitio, & ex ea petitione officium iudicis in utraque actione idem, idem utrinſque iudicii exitus. In actione in rem de re corporali iudicis primum officium eſt, nt pronuntiet rem eſse actoris. *L. & ex diverſo, §. 1. D. de rei vind.* Et hic quoque ut ſervitutem per ſententiam non conſtituat, ſed quæ eſt declaret. *L. ſicut, §. ſed ſi quæratur, D. ſi ſervit. vind.* Illic iudicium eo ſpectat, ut res reſtituatur. Unde ſecundum in officio iudicis, ut iubeat reſtitui cum fructibus; ac nisi paret poſseſsor, damnetur eo modo, quo ſupra diximus, *L. qui reſtituere, D. de rei vind.* Idem in hac actione iudicii exitus, ut ſcilicet reſtituatur ſervitus, idque eodem præcedente iuſſu, eademque ſententia iudicis efficitur, ut eſt generalis definitio in extremo *d. L. qui reſtituere*. Nec minus placet etiam in hanc actionem fructus & omnem cauſſam venire, *L. loci, §. 1. D. ſi ſer. vind. L. pen. §. pen. D. ſi uſuſf. pet.* Sic autem videtur ſervitus reſtitui, ſi deſinat is cnm quo agitur, controverſiam ſervitutis facere, & actorem uti ſervitute patiatur: unde officium indicis in eo, ut ſecurus actor conſequatur ſervitute utendi facultatem, *d. L. pen. §. ult. D. ſi uſ. pet.* Id autem ſic efficitur officio iudicis. Quoniam enim id verbis non præſtatur, ſed re; fieri autem poteſt, ut qui hodie non prohibet, quo tempore iuſsus eſt reſtituere, cras prohibeat: hic adverſus periculum futuri temporis cautio ſubſidio inventa eſt, quæ pro reſtitutione rei

cede-

cederet, ut caveat poſseſsor neque per ſe, neque per heredes ſuos ſactum iri, quominus ſervitute uti liceat. Itaque officium iudicis hoc eſt, ut iubeat hanc quoque cautionem interponi: ut ſi caverit reus, abſolvatur: ſin minus, tanti condemnetur, quanti actor in litem iuraverit. *L. harum. D. ſi ſer. vind.* Et vero conſequitur petitor hac cautione, ut in futurum quoque ſit ſecurus: aut enim reus metu ſtipulationis non prohibebit adverſarium uti ſervitute: aut si prohibet, parata eſt actori actio ex ſtipulatu quidem, attamen tanquam ex cauſsa iudicati, qua ſtatim quod intereſt ſua in exſecutione iudicati conſequatur: nam poſt rem iudicatam nihil amplius, quæritur, quam an iudicatum sit, *L. poſt rem, D. de re iud.*

V. Quod *ſecundum* in hac actione ſpectandum dixi, confeſsoria dicitur hæc actio, quia per hanc ſervitutem noſtram eſse confitemur, id eſt, affirmamus: nec ulla eſt confeſsoria de ſervitute, nisi per quam intendimus ſervitutem nobis competere, eamque vindicamus, id eſt, ut noſtram petimus. *d. L.* 2. in pr. & §. 1. *ſi ſer. vind.* Itaque utrum sit confeſsoria, ex re petita & ſententia verborum æſtimandum eſt, non ex figura orationis. Poteſt quis intendere ſervitutem ſuam eſse simul verbis & ſententia: ubi nemo negat confeſsoriam actionem eſse, in qua & verba & ſententia affirmant. At poteſt quis affirmare ſententia orationis ſervitutem sibi competere, ut tamen oratio conceptione verborum sit negativa. Nihilominus actionem confeſsoriam eſse dicemus ex definitione, quia petit ſervitutem, & noſtram eſse confitetur: utputa, cum dico mihi ius eſse utendi fruendi fundo alicuius; ius eundi agendi per fundum vicini; ius tigni immittendi in vicini ædes: non mirum, si dicitur hoc loco in his exemplis actio eſse negativæ contraria, id eſt, confeſsoria: quoniam utraque re vere confeſsoria eſt; & ſententia, qua ſervitutem re vera meam eſse affirmo; & conceptione verborum, quæ & ipſa affirmativa eſt. At cum intendo ius non eſse vicino altius ædes ſuas tollere, & officere luminibus meis, oratio quidem verbis negativa eſt; at ſententia affirmat de ſervitute, hanc eſse meam. Confeſsoria igitur ex definitione, quia ſervitutem vindicat, *d. L.* 2. *ſi ſer. vind.* ſed de eo exemplo paulo poſt ſuo loco.

VI. Sequitur *tertium* illud, cur sit hæc actio in ſervitutibus prodita. Sed de eo ideo hic non quæritur, quia habet actio exemplum rerum corporalium: nam quæ de rebus corporalibus prodita eſt in rem actio, non alia eſt quam confeſsoria, utpote prodita rem ſuam petenti, eoque & ſuam eſse confitenti atque affirmanti: ut si cauſsa eſt in re corporali, cur liceat hac actione experiri, & rem noſtram petere: sit ius atque æquum & rem incorporalem eodem modo petere licere. Ad negatoriam hæc quæſtio pertinet: cum ea in controversiis rerum corporalium non sit conſtituta. Ac de ea actione iam eadem iſta tria consideremus.

VII. Eſt autem actio negatoria, per quam quis ſervitutem a re ſua deberi negat. *d. L.* 2. in pr. *ſi ſer. vind.* Hoc quoque genus in rem actio eſt, ut hic traditur, & *d. L.* 2. *ſi ſer. vind.* quippe & hic rem noſtram petimus: non utique ſervitutem, quam hic negamus, ſed rei noſtræ libertatem. Negat quis ſervitutem vicino ſe debere ædes ſuas altius non tollendi: verbis de ſervitute negat: vi ipſa hoc intendit habere ſe ædes ſuas ab ea ſervitute liberas. *L. loci*, §. *competit*, *D. ſi ſer. vind.*

VIII. At dicitur hæc quoque actio competere de ſervitute, *d. L.* 2. *ſi ſer. vind.* Quomodo de ſervitute quæ nulla eſt? Recte: ſed ut sit de ſervitute non quam quis sibi vindicet, ſed quam ſe alii neget debere: idque ita explicatur in *d. L. loci.* §. *competit.*

IX. Eſt & hæc actio itidem adverſus poſſeſſorem. Dum tamen poſſeſſorem hic intelligamus ut in confeſſoria, non eum, qui proprie libertatem poſſidet, dum eſt in poſſeſſione ſervitutis: quoniam & ei qui vere in poſſeſſione libertatis eſt, negatoria dari poteſt: *L. etſi*, §. 1. *L. ſicut*, §. *ſed ſi quæritur. D. ſi ſer. vind.* ſed eum, qui ſive ſit in poſſeſſione ſervitutis, ſive non ſit, libertatem prædii noſtri velut occupat & tenet. Datur enim adverſus eum, quiſquis in noſtro quid facit, inve noſtrum immittit invitis nobis, aut in noſtro facientes nos prohibet. *d. L. loci*, §. *competit*. *L. ſicut*, §. *Ariſto. D. ſi ſer. vind.* Ut autem ſervitutem noſtram detinere intelligitur, qui nos ea uti non patitur: ſic libertatem, qui quominus ea utamur, impedit. Nec intereſt, utrum is qui in noſtro quid facit, aut in noſtrum immittit, iure ſervitutis id ſe facere dicat, an non dicat: ſatis eſt, quod hæc facit, ut hac actione teneatur, ut declaratur multis in *d. L. ſicut*, §. *Ariſto*, *D. ſi ſervit. vind.* Nec nos moverit, quod hæc actio ut confeſſoria, de ſervitute eſſe dicitur, ſaltem quam negemus nos debere. *d. L.* 2. in princ. *d. L. loci*,

ci, §. *competit*, *eod.* Ut enim recte & naturæ actionis convenienter negemus nos ei ſervitutem debere, qui quid eorum facit quæ ſupra ſcripta ſunt, non eſt neceſſe eum dicere ſibi earum rerum ſervitutem deberi, & ſervitutis facere controverſiam: ſatis eſt, quod id faciat, quod iure facere non poteſt, niſi iure ſervitutis. Videndum eſt enim, quo ſpectet hæc actio: nempe eo, ut efficiatur ius non eſse adverſario eorum quid facere, quæ diximus, eoqne ut officio iudicis facere prohibeatur. Atqui hoc efficitur iſta intentione, ſi dicamus nos earnm rerum ſervitutem non debere, ſive eius rei controverſiam faciat adverſarius verbis, sive non faciat. Hoc enim poſito ſervitutem adverſario non deberi a nobis, ſequitur, ut illa facere in noſtro non poſſit: quia quæcnnque oratio eius fuerit de ſervitute in utramque partem, sive ut controverſiam de ea faciat, sive nullam: re certe ipſa non poteſt ea iure facere, nisi iure ſervitutis: quo fit, ut hoc iure negato, & poteſtas illa faciendi ei detrahatur. Quocirca nt defendamus recte dici hanc actionem competere de ſervitute, non eſt neceſse eo confugere, quod ernditis etiam quibuſdam hac obiectione impeditis accidit, ut dicamus huic actioni tum locum eſse, cum is qui hac actione experiri vnlt, ſervitutem prius debuit, qnæ poſt remiſſa eſt, de qua tamen nunc controverſiam patitur; aut cum idem vicino alicni ſervitutem debet, non autem ei cum quo nunc agitur, qui & ſibi eandem deberi dicit. Sit ſane & his casibus negatoria actio, ut eſt, & sine controversia recte dicatur ea actione ſervitus negari, quam adverſarius ſibi defendit. Sed non minus recte, ut dixi, & hæc negatur adverſus omnes, qui ea faciunt in noſtro, quæ facere non poſſunt, nisi iure ſervitutis: ut sic negata ſervitute efficiatur eos illa facere non poſse: qui unicus finis eſt huius actionis: & hoc sive ſervitutem ſibi defendant, sive non defendant. Quanquam si præfracte quærimus in negatoria actione, ut ſit adverſarius, qui ſervitutis controverſiam faciat, quo eam nos debere recte negemus; is paratus eſt in his omnibus, qui quid faciunt in noſtro nobis invitis, aut nos in noſtro quid facere prohibent. Eſto enim, his faciendis de ſervitnte nihil dicant, quo eam ſibi uſurpent verbis: at certe ſatis uſurpant re ipſa & facto; quoniam in his factis ſervitus omnis conſiſtit. *L. qnoties*, 1. *D. de ſer.* Sit ergo hæc actio adverſus omnem, qui hæc facit, quocunque modo ſe dicat facere, ſive iure ſervitutis, sive nullo.

X. exitus iudicii idem, qui ſupra, ut cum libera res noſtra pronuntiata fuerit, libertatem adverſarius nobis reſtituat, quam quodammodo facto ſuo nobis ademerat. Reſtitutio in eo, ne nos amplius inquietet. *L. pen.* §. *ult.* *D. ſi uſ. pet.* Et quoniam non id agitur tantum, ne hodie nos inquietet, ſed ut in futurum qaoque de libertate nobis proviſum sit: ut in confeſsoria actione, sic in hac cavere debet rens neque ſe neque heredes ſuos quidquam facturos, quominus actor libere re ſua utatur Continetur ergo officio iudicis, ut & illa fieri vetet, quæ facta ſunt, & de futuris quoque factis caveri iubeat: quod niſi fit, condemnatio ſequetur. *L. egi. d. L. harum*, *D. ſi ſer. vind.*

XI. Negatoria cur dicatur hæc actio, apparet. Ideo negatoria de ſervitute, quia competit neganti ſe ſervitutem debere. *d. L.* 2. in princ. *L. loci*, §. *competit*, *D. ſi ſervit. vind.* Itaque an ſit negatoria, itidem hic ut in confeſſoria ex re quæ intenditnr, æſtimandum eſt, non orationis conceptione. Negatoria eſt, quæ ſervitutem negat, etiamſi affirmativa intentione utatur: non eſt negatoria, quæ ſervitutem vindicat, etiamſi negativa oratione ſit concepta. Utputa, intendit quis ius ſibi eſſe prohibendi, ne quid in ſuum immittas: negatoria actio eſt in *L. ſicut*, §. *Ariſto*, *ſi ſervit. vind.* Intendit quis ædes ſuas eſſe liberas a ſervitute altius nou tollendi. Et hæc negatoria eſt actio in *L. loci*, §. *competit*, *eod. tit.* utrobique tamen affirmativa oratio; ſed quæ ſub affirmativa conceptione vi ipſa ſervitutem ab actore deberi negat: quod ex definitione & vi verbi ſufficit, ut ſit actio negatoria. At eur hæc prodita de ſervitutibus, cum in controverſiis rerum corporalium nulla ſit eiuſmodi actio? hoc enim erat *tertium*, qnod circa has actiones quærebamus. Et cum id explicet Iuſtinianus illic, *Quod genus actionis:* ſit autem locus per ſe obſcurior; eius rei tractationem in eum locum reiiciemus, ubi ſeparatim attingatur.

XII. Venio ad exempla huius loci: quod *quartum* in huius loci tractatione ſpectandum eſse diximns. De his monendi ſumns, cum ſint omnia ſervitutum, eſse eiuſmodi, ut ſi de genere ſervitutis quæritur, ſingularum ſpecierum ſignificatio & poteſtas petenda ſit ex titnlis de ſervitutibus, non hoc loco tradi, ubi de actionibus ſervitutum agitur, non de ipſis ſervitutibus. Unum eſse genus, in quo ambigatur de actione: cuius ideo ratio

hoc

hoc loco nobis explicanda eſt: ſic enim ad propoſitam huic loco quæſtionem pertinet, & eſt eiuſmodi, ut de eo parum liqueat. Id genus eſt ius, quod vocat altius ædes ſuas tollendi: de quo ita dat actionem confeſsoriam, ut videatur debuiſse dari negatoria: aut certe male has actiones ante definivimus, & omnino quæ ſint, non intelligitur. *Veluti*, inquit, *ſi quis agat ius ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi*. Aperte Iuſtinianus hoc exemplum refert inter ea, in quibus dat actionem confeſsoriam. Poſt hæc enim exempla in verſ. *Contra quoque*, ſubiicere ſe oſtendit ea, in quibus ſcribit contrariam eſse actionem, eamque vocat negativam, id eſt, negatoriam. Poſuerat ergo prius actionem contrariam negatoriæ: ea autem eſt confeſsoria. Atqui ſi recte definitur confeſsoria, qua ſervitutem nobis competere intendimus; negatoria, qua alteri deberi negamus, ut definiuntur iſta in *L. 2. D. ſi ſer. vind.* negatoriæ exemplum eſse dixeris, non confeſsoriæ, cum ago ius mihi eſse altius ædes meas tollendi. In hac enim intentione non ſervitutem mihi deberi dico, ſed me vicino debere nego: & quod idem eſt, ædes meas a ſervitute liberas eſse intendo; idque ita demonſtratur. Id ſolum ſervitutis eſt, ſi quis cogatur aliquid pati in ſuo, aut in ſuo non facere, *L. quoties*, 1., §. *ult. D. de ſervit.* Ergo in ſuo aliquid facere, ſervitutis non eſt; ſed libertatis ſervituti contrariæ. Intelligiturque hoc ipſum certius ex eo, quod placet liberum eſse cuique in ſuo quidvis facere, dum in alienum nihil immittat. *L. ſicut*, §. *Ariſto. D. ſi ſer. vind.* At huius generis eſt ædes ſuas altius tollere: liberum igitur hoc ipſum cuique; eoque & libertatis, quam dominus ſibi aſserat ſervitutem ſe debere negando: non ſervitutis, quam ab alio acceptam confeſsoria ſibi vindicet. Idque eſt, quod dicitur neminem dominum prohiberi altius ædificia tollere, ſi domus ſervitutem non debeat. *L. altius, C. de ſervit.* Et quia non prohibetur, ideo cum eo qui tollat, etiam ſi obſcuret vicini ædes, quibus non ſerviat, nullam competere actionem, *L. cum eo, D. de ſervit. urb. præd.* Conceduntur hæc ei domino, cuius ædes ſervitutem non debent, cuius ædes non ſerviunt. Ergo ei, cuius ædes ſunt liberæ; ergo ei, cui huius ipſius libertatis iure, id eſt, iure proprio rei ſuæ licet altius tollere, non conſtituto aliunde iure ſervitutis. Ex quibus efficitur, ſi quis intendat ius ſibi eſſe altius ædes ſuas tollere, & officere luminibus vicini, hunc non vindicare ſervitutem, quæ nulla illi conſtituta eſt, ſed negare hanc a ſe deberi ei, qui impediat altius ædes tolli, & ita intendere ædes ſuas eſſe liberas. Negatoria igitur hic actio in rem de ſervitute, non confeſsoria, ex definitione ſuperiore. Sunt, qui id admittant, quaſi Iuſtinianus inter exempla actionis confeſsoriæ unum hoc exemplum admiſcuerit negatoriæ actionis. Sed repugnant, ut dixi, illa verba *Contra quoque*: quibus ſe ſubiicere oſtendit ea exempla, in quibus ſtatuat actionem negatoriam, eamque priori contrariam: nec alia eſt contraria, niſi confeſsoria: hanc igitur in prioribus exemplis poſuerat, non negatoriam. Quid verbis opus eſt? in verbis *Contra quoque*, diſerte ſcribit in hoc ipſo exemplo negatoriam actionem eſſe hanc, ſi quis intendat ius non eſſe adverſario altius tollendi. Ergo hoc dicit actionem hanc eſſe de ſervitute altius tollendi, quam neget deberi adverſario iuxta definitionem *L. 2. ſi ſer. vind.* Proinde adverſarius qui ſic aget, ut intendat ius ſibi eſſe altius tollendi, intendet ſibi ſervitutem competere. Confeſsoria igitur hæc actio, non negatoria, ex definitione confeſsoriæ actionis. Sunt, qui fateantur hanc actionem ius mihi eſſe altius ædes meas tollendi, vere eſſe negatoriam, ut diſſeruimus, & Iuſtinianum hic agere de actione confeſsoria; & tamen defendant non eo minus exemplum ad confeſsoriam actionem pertinere; quod dicant & in hoc exemplo quæ actio negatoria eſt, eandem eſse diverſis rationibus re atque verbis confeſsoriam. Negatoriam eſse, ſi ſervitutem ſpectemus, de qua agitur. Vere enim hanc ab actore deberi negat. Confeſsoriam, ſi ſpectemus libertatem: nam hanc potiſſimum actor hac actione ſibi aſserere conatur, atque hanc ipſam ſuam eſse confitetur, itidem ut ſervitutem a ſe deberi negat: conſtatque utrumque ineſse in hac actione, *L. loci*, §. *competit*, *D. ſi ſer. vind.* Cum autem accedat oratio affirmativa, ut intendat actor ius ſibi eſse altius ædes tollendi; nihil cauſsæ dici poſse videtur, cur non re & verbis dicatur confeſsoria, conveniatque inſtituto Iuſtiniani, qui hoc loco actionem confeſsoriam intelligi voluit. Atque hoc ſenſu aſsequuntur, ut congruat exemplum Iuſtiniani ſententiæ de confeſsoria actione, & ſimul non adverſetur hic locus illis aliis, quibus traditur licere altius ædes ſuas tollere iure proprio rei ſuæ, non iure ſervitutis: quoniam ne id quidem hic negetur, cum dicamus hanc actionem

ius

ius mihi eſse altius ædes meas tollendi, confeſsoriam eſse; non tamen ad ſervitutem vindicandam, ſed ad libertatem ædium aſserendam, quæ iure communi tributa ſit omnibus, quorum ædes non ſerviant. Equidem agnoſco, ſi ad verbi rationem res exigitur, dici confeſſoriam illo modo nec inepte, nec parum ſignificanter; negatoriam enim maxime de libertate eſſe: hanc autem si æſtimamus, nihil repugnare, quominus quæ de ſervitute quam negat, negatoria eſt; de libertate quam confitetur, recte dicatur confeſſoria. Sed quominus confeſſoriam ita hic interpretemur, hæc prohibent: veterum uſus: ipſius loci ſententia: & quod ne iſta quidem interpretatione difficultatem loci explicamus. Confeſsoriam ſcimus vocare veteres, non quæ confeſſoria eſt de libertate, ſed quæ confeſsoria eſt de ſervitute, quam deberi confitetur: ſicuti negatoriam, non quæ eſt negatoria de libertate, ſed quæ negatoria de ſervitute, quam negat. Sic enim traditur de his actionibus in *L. 2. ſi ſer. vind.* competere has in rem actiones de ſervitutibus; illam de ſervitute, quam affirmet deberi; hanc de ſervitute, quam deberi neget. Sed & hanc actionem confeſſoriam intelligere ſe hoc loco Iuſtinianus ſatis oſtendit: cum enim dicit poſtea negativam actionem, de qua loquitur, non eſſe proditam in controverſiis rerum corporalium: ſimul ſignificat eam de qua ſenſerat in principio, & quam ab hac negativa ut contrariam ſeparat, in iudiciis rerum corporalium eſſe proditam. Non ergo prius intellexit eam confeſſoriam, quæ ſervitutem deberi negans confiteretur & affirmaret libertatem: quoniam hæc in illis iudiciis nulla eſt. Sed hoc ſenſit, eum qui agit ius ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi, ſic confeſſoria agere, ut agat de ſervitute, quam his verbis ſibi competere contendat. Poſtremo cur metuimus in hac ſpecie altius tollendi confeſſoriam admittere, quæ ſit de ſervitute? Ne ſcilicet cogamur admittere hoc ius eſſe ſervitutem, ſicque pugnemus cum iis locis quibus traditur licere hoc cuivis iure rei ſuæ, non iure ſervitutis. *d. L. cum eo, D. de ſervit. urb. præd. L. altius, C. de ſervit.* Atqui hac ipſa ratione in hac ſpecie admittere debemus confeſſoriam, quæ ſit de ſervitute; quia in *L. 2. D. de ſervit. urb. præd.* inter iura prædiorum diſerte numeratur ius altius tollendi: ſunt autem iura prædiorum, horum ipſorum ſervitutes. *ſupra de ſervit.* in pr. & §. 1. Sed & eadem in cauſſa habetur in *L. in tradendis* §. 1. *D. com. præd.* Quod niſi recipimus, priorum locorum obiectionem metuentes, illinc dilapſi in iſtorum poſteriorum reprehenſionem manifeſtam incurrimus. Quid ergo eſt? Et ſumi oportet id, quod ex proximis duobus locis datur intelligi: ius altius tollendi ædes ſuas interdum ſervitutis ius eſſe, non libertatis: interdum libertatis, non ſervitutis. Quo poſito, res eſt expedita. Licet autem attendenti intelligere maxime ex *d. L. 2. de ſervit. urb. præd.* Illic enim ſtatim in principio traditur, urbanorum prædiorum iura talia eſſe; altius tollendi, aut non extollendi. Ac iura iam ante diximus intelligi ſervitutes, ut hoc ipſum explicatur in *tit. de ſervit.* in pr. & §. 1. *ſupra.* Qui ius altius tollendi ſervitutem eſſe, ſeu ſervitutis iure competere dicit; aperte negat hoc idem competere, ſervitute non conſtituta: eoque negat competere iure libertatis, ſeu iure proprio rei ſuæ. Et contra qui ius altius non tollendi dicit eſse ſervitutem, quam quis in ſuo pati debeat; is aperte dicit hac ſervitute ædibus ſuis non impoſita licere cuivis altius ædes extollere pro libertate & iure rei ſuæ. *L. altius, C. de ſervit.* Ita qui hæc duo dicit, plane hoc dicit, ius altius tollendi & ſervitutem eſſe, & non eſse: ſervitutem, & libertatem.

XIII. Contraria hæc ſunt, nec poſsunt ſimul conſiſtere. Quomodo igitur ſibi conſtant. Accidunt hæc non in uno & eodem iure altius tollendi, ſed in diverſis, ut alias hoc ius ſit ius ſervitutis, id eſt, non aliter debitum, quam ſervitute a vicino mihi conſtituta: alias ius libertatis rei noſtræ, quo poſsumus uti invito vicino, hoc ipſo quod ædes noſtræ ſunt, dummodo hanc libertatem non imminuerimus ſervitute ædibus impoſita altius non tollendi. Quando igitur hæc accidunt? Vidit hoc Petrus Faber ad hunc §. & *ad tit. de ſervit. ſupra.* Vidit Baro, & diligentius expoſuit *ad §. prædiorum ſupra de ſervit.* ambo moniti certis locis tribus, qui de hoc iure altius tollendi ſcripti ſunt: quibus hoc ius ita tribuitur dominis iure communi, ut addatur hæc exceptio, dum ne quid fiat contra formam & ſtatum veterem ædificiorum, ut eſt in *L. qui luminibus, D. de ſervit. urb. præd. L. 1. C. de ſervit.* & ut explicatur alibi, dum ne ædificator modum uſitatum altitudinis excedat. *L. 1. C. de æd. priv.* Quid ergo ad rem hi loci? Et facile omnes nos docent, nulla certa forma ædificiorum publice conſtituta licere

cuivis

Digitized by Google

cuivis iure gentium ædes ſuas quam altiſſime tollere, etiam ſi offecturus ſit luminibus vicini: & licere iure rei ſuæ, id eſt, etiam non impetrata a vicino huius rei conceſſione, ſeu huius rei ſervitute. *d. L. altius, C. de ſer. d. L. cum eo, D. de ſervit. urb. præd.* Et hactenus hoc ius libertatis eſt rerum noſtrarum, non ſervitutis a vicino conceſsæ. Idem iuris eſse, etſi conſtituta ſit publice certa forma & altitudo ædificiorum, ſed qui ædificat, conſiſtat intra huius formæ modum. Hac autem conſtituta, ſi quis altius tollat, non licere iure rei ſuæ, cuius altitudo modum a lege publica accepit. Unde eveniet, ut ſi licere incipiat, non aliter liceat, quam vicino concedente, & hanc ſervitutem ædibus ſuis imponente, ut ædificantem & ſuis luminibus officientem pati cogatur, quem prius pati non debebat. Quæ res facit, ut iam ius altius tollendi ſit ſervitus, ſeu ius ſervitutis. Et hoc cum forma publice conſtituta ita erit, ut non liceat altius ædificare invitis vicinis. Nam ſi præciſe ita cautum ſit lege, ut quis ſupra eam altitudinem ædificet propter incendia, aut ruinas ædificiorum; nihil aget ſervitus conſtituta, quominus ab ædilibus urbis ædes coerceantur intra legitimum modum: pactis enim privatorum iuri publico derogari non poteſt, *L. ius publicum, D. de pact. L. quod bonis, §. 1. D. ad leg. fal.* Secundum hæc res eſt ut de diſſidentibus locis, ita & de actionibus atque interpretatione huius loci admodum expedita. Si igitur forma nulla ædificiorum publice conſtituta eſt, aut conſtituta non exceditur: quia tum ædificare licet iure rei ſuæ, iure libertatis publice conceſſæ; ſi quis tum intendit ius ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi, is ædes ſuas liberas eſſe dicit, eoque ſervitutem ſe debere negat, non ſervitutem ſibi deberi contendit. Proinde negatoria actione utitur de ſervitute, non confeſſoria. *d. L. 2. ſi ſer. vind.* Et iſto ſane ſenſu exemplum huic loco non congruit. Quod ſi lege civitatis certa forma ædificiis præſcripta eſt, ſupra quam tollere ædificia non liceat invito vicino; vicinus autem conſtituerit ius mihi eſſe invito ſe altius ædes meas tollendi, & officiendi luminibus ſuis; iam hoc ius ſervitus erit, quam vicinus pati debeat, quod ante ſervitutem conſtitutam non cogebatur. Ne mihi conſtituerit hoc ius; tum ex lege retinebit ius & libertatem ædium ſuarum, qua efficiatur ne ſit mihi ius altius ædes tollendi. Hic vero in utramque partem optime exempla in hac ſpecie congruent. Nam ſi ſervitute mihi conſtituta vicinus me impediat, quominus altius ædificem: recte intendam confeſsoriam actionem de ſervitute, ut dicam ius mihi eſse altius ædes meas tollere invito eo, id eſt, dicam eum hanc ſervitutem mihi debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Servitute autem nulla eiuſmodi mihi ab eo conſtituta, ſi velim ædificare, licet ei ita mecum agere, ius mihi non eſse invito ſe altius ædes meas extollere: atque hæc vere negatoria actio eſt, quam Iuſtinianus poſtea in hac ſpecie ſtatuit. Hoc enim nihil aliud eſt, quam negare ſervitutem hanc mihi deberi; ædes vicini hactenus eſse liberas, ne ædificantem me pati cogatur. Pacto in hac re idem quod lege effici non poteſt: libertas namque naturalis altius ædificandi cum ſublata eſt lege, ſi deinde mihi cedatur a vicino ius altius tollendi, manet nihilominus eadem conditio rei meæ adverſus cæteros, ut altius tollere non poſſim: ſed ſervitus mihi conſtituta eſt a vicino, qui iam pati incipit, quod prius ſine pacto non cogebatur: hoc autem pati ſervitutis. *L. quoties, 1. §. ult. de ſervit.* At eadem libertas ſi adempta ſit pacto, puta quia inter me & vicinum convenerit, ut ad certam altitudinem mihi ædificare liceret: ſi idem poſtea mihi concedat altius ædificare: non nova ſervitus mihi conſtituitur, ſed quæ illi a me pacto conſtituta erat, contrario pacto ab eo remittitur. Qua remiſſa, redit res mea in libertatem naturalem, de qua ſi experiar poſtea, agam licere mihi altius ædes meas tollere, iure rei meæ, quæ iam amplius huic non ſerviat. arg. *L. altius, C. de ſer.* Hæc autem eſt negatoria actio negans amplius ſervitutem deberi, & ædes liberas eſſe affirmans. *d. L. 2. L. loci, §. competit, D. ſi ſervit. vind.* De modo altitudinis ædificiorum, quis fuerit, & quam varius Romæ, nihil neceſſe eſt dicere hoc loco. Satis eſt conſtare fuiſſe aliquando conſtitutum. Fuiſſe autem præterquam quod auctores ſunt Strabo *Lib. 5.* Tacitus *Lib. 15. Ann.* plane conſtat ex ſuperioribus locis, id eſt, *d. L. 1. C. de ſervit. L. 1. C. de ædific. privat. L. qui luminibus, D. de ſervit. urb. præd.* ſi fuit aliquis, ſuperiori iuri locus eſt. Qualis aut quando fuerit, ad hanc quæſtionem iuris nihil pertinet. Immo vero ad hanc quæſtionem ſatis eſt non modo eiuſmodi aliquem modum eſſe, ſed etiam exſiſtere poſſe in quibuſque regionibus, & civitatibus, ut ad id tempus hæc quæſtio accommodetur.

XIV. *Quod genus actionis*. Non abs re addidit hoc loco negatoriam actionem in controverſiis rerum corporalium proditam non eſſe: pertinet enim partim ad defenſionem, partim ad explicationem quorundam ſuperiorum. Prius dixerat de rebus corporalibus in his eſſe actionem in rem, ſed eam per quam quis intendit rem ſuam eſſe; de ea per quam quis neget rem eſſe adverſarii, nihil adiecerat: omiſerat itaque negatoriam. Non recte, diceret aliquis accepta ex hoc loco occaſione: cum enim modo dixerit etiam hanc actionem proditam eſſe in ſervitutibus, cur in rebus corporalibus omiſit? Dixerat præterea initio huius §. actionem in rem de ſervitutibus competere æque, id eſt, ſimiliter atque de rebus corporalibus: ex quo potuit intelligi etiam competere negatoriam de corporalibus; ſic enim fit, ut competat de his rebus per omnia in rem actio æque & ſimiliter. Utrumque cum requireret interpretationem, commode ſubiecit, quod utrumque abſolveret: dum & prioris reddit rationem, & poſterius enarrat. Hoc *genus*, inquit, (negatoriæ actionis) *in controverſiis rerum corporalium proditum non eſt*. Proinde nemo mirari debebit, ſi in his confeſsoriæ tantum actionis mentionem feci; negatoriam non dedi: ideo enim non dedi, quia hæc in illis nulla eſt: diſſimiliter atque in ſervitutibus. Quod autem dixi de ſervitutibus æque atque de rebus corporalibus eſse actionem in rem: hoc æque ſic accipiendum eſt, ut competat æque & pariter in utroque genere rerum, quod ad genus actionis attinet: non quod attinet ad numerum, ſeu ad ſpecies actionum huius generis. Competit æque de omnibus in rem actio: nunquam enim alia actio eſt de ſervitutibus, quam in rem, ſive confeſsoria erit, ſive negatoria. At competunt de ſervitutibus duæ in rem: hæ ipſæ videlicet quas dixi, confeſsoria & negatoria; de rebus corporalibus una tantum confeſsoria: illa altera in harum rerum controverſiis non eſt prodita. *Nam in his is agit, qui non poſſidet: ei vero, qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe*. Ratio eſt, non qua probetur, cur in controverſiis rerum corporalium actio negatoria non ſit prodita; ſed qua declaretur id quod propoſuit, proditam non eſse. Locus eſt paulo obſcurior. Difficultas partim ex genere collectionis, partim ex ſententiis ipſis per ſe, quæ hic affirmantur. Itaque viſum eſt utrumque hoc loco diſtincte expendere. Et quoniam afferuntur hæc pro ratione, prius de genere ipſo probationis, quale ſit, videamus. De quo non temere eſt, quod quæritur. Non enim videtur ratio efficere id, quod eſt propoſitum. Id ita faciam, ſi prius dixero, quid hic actoris verbo ſignificetur, ne non ſatis intellectum, ſententiam mutet, & rectam collectionem impediat. Ergo illud, *per quam neget rem actoris eſſe*, rectum eſt, ut actoris verbo intelligamus adverſarium qui non poſſidet, ſitque hic ſenſus; ei vero, qui poſſidet, non eſt actio prodita per quam neget rem eſſe eius qui eam non poſſidet, cum quo forte poſseſsor experiri velit. Actoris verbo hunc intelligere Iuſtinianum & antitheſis, & præcedentia huius rationis declarant. Primum actorem opponit ei qui poſſidet. Poſſidenti non recte opponitur quiſquam, niſi is qui non poſſidet. Tum autem eum qui non poſſidet paulo ante eum eſse dixerat, qui agit: quod nihil aliud eſt, quam eum qui non poſſidet, in his controverſiis eſse actorem. Non mirum, ſi ex hoc ſenſu ſibi & prioribus conſentiens eum qui non poſſidet, nunc quoque actorem vocat. Ut tamen actorem intelligamus non eum qui vere actor eſt, cum fieri poſſit, ut is qui non poſſidet, nunc non agat: ſed eum, qui ſi hoc caſu ageretur, actor eſset, aut actor eſse deberet.

XV. Hoc intellecto venio ad rationem; cuius vim initio ſimpliciter proponam. Probatio autem mihi eſſe videtur ex enumeratione partium, quarum a ſingulis removetur negatoria actio. Nam ſi probatur in ſingulis partibus harum controverſiarum hanc actionem locum non habere, recte colligitur in eiuſmodi controverſiis in totum huic actioni locum non eſſe; quod erat propoſitum. Eſt igitur ratiocinatio huiuſmodi. Controverſia omnis quæ de rebus corporalibus noſtris movetur actione in rem, aut movetur ab eo, qui rem non poſſidet, aut ab eo qui poſſidet. Neutro autem in genere controverſiæ locum habet negatoria actio. Quare in totum in his controverſiis locum non habet. Quia vero ad hoc efficiendum ſatis erat aſſumptum illud probare; ideo ſolum poſuit, & probavit; ad hanc, ut opinor, ſententiam. In his controverſiis rerum corporalium ſi quis iure agat, is eſt qui non poſſidet. Huic autem nulla negatoria actio; non tam quia iure non prodita, quam quod nec natura eſſe poteſt. Non enim ei alia poteſt eſſe actio ad rem ſuam recuperandam, quam ea per quam rem ſuam petat, eoque & ſuam eſse intendat: ubi ſi neget ſuam eſse, aperte ſeipſum

Digitized by Google

ſeipſum excludat. Ei vero qui poſſidet, etſi natura poteſt actio negatoria ultro dari; tamen iure non eſt prodita, quia non eſt neceſsaria; cum ſufficiat ei quod poſſidet. *L. 1. §. 1. D. uti poſſid.* Quapropter si neque non poſſidenti actio negatoria natura dari poteſt: neque ei qui poſſidet, iure eſt prodita: neque præterea plures ſunt controversiæ de rebus corporalihus, in quihus sit huic actioni locus: efficitur quod dixit, in totum in his controversiis huic actioni locum non eſse. Sed an hoc dicat Iuſtinianus videamus; atque adeo tota ratio paulo diligentius expendatur; quæ non immerito viris eruditis eſt ſuſpecta. Et vero inſunt in ea, ut apparet, partes duæ: parum ut videtur appositæ ad probandum id, quod proponitur. De eo qui non poſſidet hæc ratio eſt: *nam in bis* (controverſiis), inquit, *is agit, qui non poſſidet*. Quid hoc ad rem, ut probetur ei qui non poſſidet negatoriam non dari, de quo quæritur? Minime vero hoc ex illo ſequitur: poteſt enim qui rem aliquam non poſſidet, de ea re agere, & nihilominus negatoriam actionem habere, ut in ſervitutibus. Nam si cuius ædes in totum liberæ sint, ut eas altius tollere liceat, aut ne cogatur dominus in eas tignum recipere: recte agit negatoria, si vicinus eum altius tollere prohibet, aut tignum in parietem eius immittit: & quidem utrumque maxime, etsi adverſarius sit in poſseſsione ſervitutis, dominus non sit in poſseſſione libertatis: veluti, si dominus ædium depreſsas ædes ſuas habeat, aut tignum in parietem eius iam sit immiſsum. *L. loci, §. competit. L. etſi. §. 1. L. ſicut. §. ſed ſi quæritur, D. ſi ſervit. vind.* Et si tantum dixiſset Iuſtinianus eum agere, qui non poſſidet; neque verum dixiſset, neque ex eo colligeretur non poſſidenti negatoriam actionem non dari. Reſelleretur utrumque exemplo ſervitutum: ubi & ſervitutem vindicat, qui eam poſſidet, & de libertate ædium ſuarum experitur negatoria, qui non poſſidet libertatem. *d. L. etſi. §. 1. L. ſicut. §. ſed & quæritur, D. ſi ſervit. vind.* Sed dictum hoc eſt de controverſiis rerum corporalium: & hoc ſentit, eum agere in his controverſiis, qui non poſſidet rem corporalem. Hoc vero qui dicit, nihil aliud ſignificare intelligitur, quam eum qui de his rebus agat, confeſſoria actione experiri poſſe: negatoria nequaquam. Agendi enim verbo quam actionem intelligit? in rem: de ea enim agitur. Quorſum vero hæc actio non poſſidenti? nempe ad eam rem quæ abeſt, petendam. Eaque ipſa definitio eſt actionis in rem, quæ ita definitur, ut ſit actio, per quam rem noſtram, quæ ab alio poſſidetur, petimus. *L. actionum, D. de obl. & act.* At qui petit, ſimul neceſſe eſt intendat rem ſuam eſſe; qui ſi neget, aperte, ut ante dixi, ſeipſum excludat. Atque hoc ipſum eſt confeſſoria actione experiri, non negatoria. Quare vel ipſum actionis & non poſſidentis nomen hoc efficit, ut intelligi debeat actionem confeſſoriam hic eſſe poſſe, negatoriam non poſſe. Cur ergo in ſervitutibus eſt negatoria ei, qui ſervitutem ſe debere negat; cum nihilominus hæc ipſa actio ſit in rem, & detur interdum libertatem non poſſidenti? Dicam poſtea, cum in veritatem harum ſententiarum inquiretur. Nunc quid Iuſtinianus in hac ratione poſuerit, quærimus. Sit ergo hac parte ſententia Iuſtiniani, ſi quis in rebus corporalibus in rem agat, eum agere, qui non poſſidet: hinc ſua ſponte intelligi eum qui non poſſideat, negatoria agere non poſse: cogente id actionis definitione, non poſſidentis fine, & rei corporalis natura: ſcilicet quia nec actio aliud petat, quam rem ſuam: nec poſſeſsor in ea re aliud intendat, quam ſuam eſse, ut eam recipiat, quæ confeſsoria intentio eſt: & idem alia intentione uti non poſſit, cum una res sit, de qua ab utraque parte contenditur; quam cum affirmarit, non poſſit negare. Ex quo ut quid hic ſubaudiendum eſt, ita quid ſubaudiendum sit, apparet. Sed sit ſane ita, ut poſſit hæc pars sic accipi, ſi per ſe ponatur: huc ſpectare nimirum Iuſtinianum, ut ſignificet ei, qui non poſſidet, negatoriam actionem non dari. Nihil pertinet ad hunc locum, si appareat ex ſequenti parte Iuſtinianum id non ſentire. At videamus, ne aut repugnet pars ſequens, quo minus id ſentire putandus sit; aut si volumus non repugnare, incidat ipſa in manifeſtum vitium. Quorum alterum ſatis eſt, ne sit ea ratiocinatio, quam diximus, aut ne ex ea efficiatur, quod volumus.

XVI. Subiicit ergo Iuſtinianus per adverſativam: *ei vero qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe*. Hæc adverſativa ſi recte posita eſt, ſignificat Iuſtinianum in eo qui poſſidet aliquid ponere diverſum ab eo, quod prius poſuerat in eo, qui non poſſidet. Nunc autem de eo, qui poſſidet, aperte ſcribit, negatoriam actionem ei non eſse proditam. Ergo idem de eo, qui non poſſidet, prius non ſensit. Aut si ſensit, vi-

tioſe dixit idem per adverſativam: cum ita ſcribere deberet coniuncta oratione: Ei, qui non poſſidet, cum agat, non poteſt eſse negatoria actio. Sed & ei, qui poſſidet, æque non eſt eadem hæc actio prodita. Itaque non temere eſt, quod plerique docti viri hunc locum ſuſpectum habuerunt, Nonnulli etiam conati ſunt remedium afferre, & ita reſtituere; Ei vero, qui non poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem alterius eſse. Quæ Franciſci Hottomanni hoc loco vetus reſtitutio eſt. Quod ego non reprehendendi cauſsa dico, ſed laudandi. Nam & difficultatem loci præclare vidiſse eum apparet, & si quæritur, quid per ſe rectum ſit, nihil poteſt dici melius ad probandum id quod quæritur, eſtque ſententia ſine ullo vitio & ſalebra: a quibus contraria lectio ægre poteſt defendi. Sic enim recte colligitur; In controverſiis rerum corporalium is agit, qui non poſſidet: id eſt is agit ſolus, non etiam is qui poſſidet. Per quod ſatis ſignificabatur poſſidenti nullam eſse actionem, eoque nec negatoriam; ut proinde id poſtea de poſſidente repeti non oporteat. At ei, qui non poſſidet, quem ſolum agere dixi, prodita eſt ſolum actio confeſsoria, non etiam ea, per quam neget rem eſse adverſarii, eiuſdemque poſseſsoris. Quare in his controverſiis rerum corporalium negatoria actio prodita non eſt: cum poſſidenti nulla ſit actio: non poſſidenti ſit prodita, ſed confeſsoria, non negatoria. Atque ut hoc ſic recte colligitur; ita illud per ſe veriſſimum eſt, poſſidenti actionem non dari. *L.* 1. *§. pen. D. uti poſſ.* De veritate igitur ſententiæ & conſecutione huius rationis ſi per ſe quæritur, nihil eſt, ut dixi, hac lectione neque verius, neque melius. Sed quid ageremus? Non enim ad mutanda, quæ certo hic ſcripta ſunt, accedimus, ſed ad interpretanda, At ita conſtans eſt in omnibus libris recepta lectio ſuperior, ut nemo adhuc extiterit, qui ſe alicubi aliter legiſse diceret. Sed & Theophilus aperte legit locum de eo, qui poſſidet. Quod ſi quid hic mutandum eſset, eſset tolerabilius ita legere: Ei vero, qui poſſidet, non eſt actio prodita; detractis illis verbis, per quam neget rem actoris eſse. Ut diceremus hæc ab aliquo interprete non ſatis attento tanquam gloſsema addita eſse; deinde in contextum irrepsiſse. Haberemus autem huius ſententiæ rationem non obſcuram in enarratione Theophili: qui hunc locum plane iſto modo expreſſit, quem dixi. Τῷ γὰρ νεμομένῳ inquit, ἡ ἀρνητικὴ in rem: οὐ δίδοται λέγων, εἰ φαίνεται τὸν ἀγρὸν τοῦδε μὴ εἶναι Non dixit, non eſt actio negatoria prodita, ut hic ſcriptum eſt; ſed in univerſum non datur actio in rem: ex quo intelligitur, ideo nec negatoriam ei eſse proditam. Quomodo ſi legeretur; præterquam quod id diceretur, quod per ſe veriſſimum eſt, nullam nimirum poſſidenti actionem dari, traditum in *d. L.* 1. *§. pen. uti poſ.* effugeret etiam oratio vitium illud, quod ſupra metuebamus. Statuit enim poſterior pars diverſum a priore, dum prius non poſſidenti etſi non datur negatoria actio; datur tamen aliqua, nempe confeſsoria. At ei, qui poſſidet, nulla. Sed quoniam ne hoc quidem certo affirmare poſsumus, hæc verba, *per quam neget rem actoris eſſe*, non eſse Iuſtiniani, & in eo publice recepta ac conſtante ſcriptura prohibemur: videndum eſt potius, quid commode dici poſſit receptam lectionem retinentibus. Ego vero non minus animadverto eſse in ea, quo per adverſativam recte diſtinguatur poſterior pars a priore, tanquam diverſum continens; & nihilominus recte defendatur, in utraque parte negatoriam actionem utrique generi actorum denegari. Hoc autem illud eſt, quod initio ſum complexus, dum, quæ hic eſset Iuſtiniani ratiocinatio, oſtendi. Prius ergo dixit in controverſiis rerum corporalium eum agere, qui non poſſidet: ex quo ſolo intelligi voluit, ei actionem negatoriam non eſse. Sed hoc ita dicit, ut velit intelligi, ideo eum negatoriam actionem non habere, quia ad petendam rem ſuam natura eam actionem habere non poſſit. Poſt ei, qui poſſidet, eandem actionem detrahit; ſed aliter. Non enim ideo dicit ei, qui poſſidet, actionem negatoriam non eſse, quia eam habere non poſſit per rerum ipſarum naturam: nihil enim prohibet, quo minus poſseſsor rei cum turbatore ita experiatur, ut neget rem eius eſse, eoque & quieſcere eum iubeat per iudicem: nam & ſic agitur interdicto. *L.* 1. *§. eſt igitur*, & *§. pen. D. uti poſſ.* ſed cum poſſit natura ita experiri, qui poſſidet; non tamen ita agit; quia hæc actio iure ei non eſt prodita. Cur autem non prodita? dicam paulo poſt ſuo loco. Atque hæc de ratiocinatione Iuſtiniani dicta ſunt, ut intelligeretur, quam recte probaret hoc modo illud, quod propoſuit, in controverſiis rerum corporalium actionem negatoriam proditam non eſſe. Nunc, ſi videtur, ipſas per ſe ſententias, quales ſint, conſideremus.

XVII. *In his is agit, qui non poſſidet.* Sententia veriſſima & perpetua cum in

rebus

rebus corporalibus, tum in ſervitutibus, de quibus in rem agitur, ſemper eum agere poſſe in rem, qui non poſſidet. In rebus quidem corporalibus ita comparata eſt in rem actio, ut nec alii detur, quam non poſſidenti adverſus eum qui poſſidet. §. *retinendæ*, *Inſt. de interd. L. actionum*, *D. de obl. & act. L. 1. §. pen. uti poſſ.* In ſervitutibus autem etſi ita in rem actio eſt de ſervitute, ut de ea agere poſſit qui eſt in poſſeſſione eius iuris, de quo agitur: ſemper tamen conſtitit, eum multo magis agere poſſe, qui non ſit in poſſeſſione: *L. etſi*, §. 1. *L. ſicut*, *§. ſed ſi quæritur*, *D. ſi ſervit. vind.* merito: cum omnis in rem actio id ſpectet, & in hoc ſit comparata, ut res, quæ abeſt, non poſſidenti reſtituatur. *L. qui reſtituere*, *D. de rei vind.* Sententia quidem patet latius, ſi alibi per ſe poſita legatur, & vim verborum quis conſideret. Hoc enim ſignificat ſolum eum agere, qui non poſſidet; quo continetur, ut quemadmodum is recte agit, qui non poſſidet; ita contra ſi quis poſſidet, agere non poſſit: quod & verum eſt. Sed quoniam de poſſeſſore ſeparatim poſtea dicit Iuſtinianus, ex ſententia eius intra verba conſiſtere oportet, & dictum accipere de eo ſolo, qui non poſſidet: quod autem ad poſſeſſorem attinet, ad ſequentem clauſulam referre Idque ita facere neceſſe eſt, non tantum ſi ſententiæ Iuſtiniani ſervire volumus; ſed etiam ſi manifeſtum vitium effugere ineptiſſimæ orationis. Nam ſi dixiſſet ſolum eum agere poſſe, qui non poſſidet, ut intelligeremus eum qui poſſidet non poſſe: inepte admodum idem inculcaret poſtea de poſſeſſore. Sed eo ineptius, quod in hac repetitione minus complecteretur, quam prius: cum prius omnem actionem detraxiſſet poſſeſſori; poſtea detrahat ſolum negatoriam. Sed quoniam ſuperiorem ſententiam de rebus corporalibus eo ſpectare dicimus, ut ſignificetur ei, qui non poſſidet, in his rebus negatoriam actionem non dari, ita ut horum utrumque ſuperiore dicto includatur: videamus, & hoc poſterius quam per ſe verum ſit. Conſtat enim hoc loco hanc actionem dari in ſervitutibus, & in hoc diſtingui rerum corporalium controverſias a controverſiis ſervitutum. Ac ſi cui actio in rem danda eſt, ei maxime danda eſt, qui ea potiſſimum indiget. Is autem eſt, qui rem non poſſidet. Quod cum ſit in rebus corporalibus, *L. actionum*, *D. de obl. & act.* tum etiam in ſervitutibus, ut paulo ante dixi.

XVIII. Cur ergo negatoria datur de ſervitute; de re corporali non datur; niſi quia aut hanc actionem de ſervitute dari, aut eandem de re corporali non dari falſum eſt? Immo recte utrumque. Differentiæ rationem recte hoc loco Theophilus expoſuit. Dicam tamen, ſi potero, planius. Commune hoc eſt omnium actionum in rem, tam in rebus corporalibus, quam in ſervitutibus, ut ad rem aliquam iudicio obtinendam, ſive ea res corporalis eſt, ſive ſervitus, ſive rei noſtræ libertas, unuſquiſque de iure ſuo agere debeat, non de alieno, ut eſt in *L. uti frui*, *D. ſi uſusfr. pet.* id eſt, debeat ita agere, ut dicat aliquid ſuum eſſe, non autem neget alienum. Non enim ſi probat non eſſe alienum, ideo vincit ſuum eſſe; cum poſſit eſſe tertii alicuius. Iam vero rerum corporalium natura hæc eſt, ut qui rem quam petit, adverſarii eſſe negat, non ideo affirmet hic quidquam eſſe ſuum, quæ res facit, ut inutilis ſit agenti negatio. In ſervitutibus contra hoc evenit pro rei natura, ut qui ſervitutem vicino ſe debere negat, vi ipſa eadem opera adſtruat rei ſuæ libertatem, id eſt, rem ſuam liberam eſſe intendat: ea enim res eſt libera, quæ ſervitutem non debet. *L. loci*, *§. competit*, *D. ſi ſervit. vind.* Hoc autem qui intendit, iam non negat, ſed affirmat: de ſuo iure agit, non de alieno, ut eſt in *d. L. uti*, *D. ſi uſ. pet.* quæ res ex eadem regula hanc actionem ut confeſſoriam admittit exemplo quoque rerum corporalium, non ut negatoriam.

XIX. *Ei vero qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe.* Significat negatoriam actionem poſſidenti non dari; ea enim negatoria eſt, per quam negamus rem eſſe adverſarii. De negatoria ſolum loquitur. Quid ergo, an hæc ſola poſſidenti non datur, dabitur autem confeſſoria? Ne hæc quidem: & omnino datur nulla. Actio, inquit Ulpianus, nunquam ultro poſſeſſori datur. Quippe ſufficit ei, quod poſſideat. *L. 1. §. pen. D. uti poſſ.* Cur igitur negatoriam ſolum nominavit, cum pariter neutra competeret? quia inſtitutus ſermo id ſolum poſtulabat; de negatoria enim ſolum propoſuerat, tantumque opus erat probare hoc genus proditum non eſſe in controverſiis rerum corporalium. Et quod alibi traditur, cum in una re, aut in una perſona quid ademptum eſt, in alia re, aut alia perſona relictum videri; *L. qui teſtamento*, *§. mulier*, *D. Qui teſt. fac. poſ. L. cum prætor*, in princ. *D. de iud.*

in

in voluntate obſcura adimendis locum habet: non etiam tunc cum conſtat loquentem propoſito adductum eſſe, ut de una tantum ſpecie propoſito conveniente loqueretur: multoque minus tunc, cum ex aliis partibus iuris conſtat etiam in eo quod omiſſum eſt, idem eſſe ademptum: quorum utrumque in propoſito contingit. Qnid, quod ex eo, quod negatoria hic detrahitur poſseſsori, ſtatim colligi debnit, multo magis detrahi confeſsoriam? Mirum enim, ſi cui detur actio ad petendum, quod habet: id qnod facit confeſsoria, ſi datur poſſidenti. Non mirum, ſi datur negatoria: quæ ſpectare poteſt ad id, quod habemus, retinendum. Denegatur tamen hæc ipſa hoc loco poſſeſſori. Ex quo intelligi debuit multo magis denegandam confeſſoriam. Ratum ſit igitur, neutram competere poſſidenti, neqne confeſſoriam, neqne negatoriam: nec de confeſſoria hunc locum obſtare; qui hoc confirmat potius.

XX. Sed cur actio poſſeſſori non datur? Neque enim fruſtra aut inepte monnit hoc loco Iuſtinianus de negatoria, hanc non dari, quaſi nemo poſſet ſanus de eo dubitare. Alioqui non præclare, ſed multo ineptius Ulpianus, qui generaliter de omni actione ſcripſit, nunqnam actionem ultro poſſeſſori dari. *d. L.* 1. §. *pen. uti poſſ.* Cur ergo, inqnam, non datur? Reddit rationem ibidem Ulpianus: quia *ſufficit ei, quod poſſideat*. Ratio idonea: ſed hucuſque, ut declaretur nullam fieri poſſeſſori iniuriam, ſi non detur ei actio non neceſſaria. At ſi dicatur, poſſe eſſe utiles has actiones ad rem noſtram magis & citius obtinendam; quid prohibet, quominus & hæ dentur cum aliis remediis ad rem tenendam comparatis? Scimus enim pleraſque actiones, pleraque item remedia iure prodita propter utilitatem, atque adeo propter commoditatem ſolam, non quia ſint neceſſaria: cum aliæ actiones, & viæ ordinariæ iiſdem de rebus poſſent ſufficere. Mitto bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, & contra tabulas liberis ſuis heredibus propoſitam: res in utroque genere heredum ſæpe non neceſſarias. Quam multæ ſunt actiones huiuſmodi ex contractibus, quaſi contractibus? maleficiis ſuæ ſunt propriæ actiones, quæ ad conſequendum, quod ex ſingulis canſis debetur, ſufficere poſſint: tamen de iiſdem rebus propoſita certi condictio, item triticiaria. Et in re furtiva quam multæ actiones concurrunt de eadem re? interdum ex contractu; ſemper autem condictio furtiva, vindicatio, ad exhibendum. *L. ſi pro fure*, §. 1. *D. de cond. fur.* Quæ ſane vel una cauſſa iuſta eſt amplius de eo dubitandi, cur hæ actiones poſſeſſori ſint denegatæ.

XXI. Oſtendamus igitur non ſolum ideo has actiones poſſeſſori non dari, quia poſſeſſio ei ſufficiat: ſed etiam quia actiones ſint ad id quod poſſeſſor petit, plane ineptæ & inutiles. Confeſſoria quidem ad id quod petitur, etiam repugnans: ut etiamſi velimus, hæc poſſeſſori ſecundnm naturam rei dari non poſſit. Eſt enim confeſſoria in rem actio ea, quam ſupra definivimus: per qnam ſcilicet petimus rem noſtram, quam eandem rem noſtram, eſse affirmamus: hæc enim affirmatio confeſſio eſt: unde confeſsoriæ nomen. At hæc intentio poſseſsori non convenit. Quomodo enim petat, quod habet? quomodo petat ſibi reſtitui ab eo, qui non tenet, non habet reſtituendi facultatem? Immo vero hoc ipſo, quod ſe poſſidere dicit, utramqne hanc petitionem excludit. Qui enim petit, ideo petit, ut habeat; ac propterea fatetur ſe id nondum habere. Repugnant igitur hæc, intendere rem aliqnam penes ſe eſse, & nihilominus eam ab alio petere, quaſi non habeas. Sed & qui petit rem ſibi reſtitui ab alio, pugnat ſecum, ſi ſe poſſidere contendens, ſimul dicat adverſarium poſſidere, ut reſtituat: pugnat cum natura, ſi contendens rem penes adverſarium non eſse, tamen velit eum reſtituere. Nemo enim poteſt per rerum naturam reſtituere, quod non habet. Quare natura rerum non patitur, ut de ea re quam poſſidet, confeſſoria actione quiſquam experiatur.

XXII. Non eadem negatoriæ actionis ratio. Cum enim poſſidenti poſſit fieri poſſeſſionis controverſia; quid prohibet, ei actionem ultro dari, per quam cogatur adverſarius amplius controverſiam poſſeſſionis non facere; ipſe ſecurus poſſidendi facultatem conſeqnatur? Hoc & natura rei recipit, & in ſervitutibus admiſſum eſt: neque id aliter, quam negatoria actione. *L. pen.* §. *ult. D. ſi uſ. pet.* Nec quiſquam dixerit hoc ſolum in ſervitutibus nec poſſidenti datum: nam & poſſidenti actio datur in hoc genere, ut mox dicetur. Quid, an non interdictum uti poſſidetis datur poſſeſſori, cui ſit controverſia poſſeſſionis? *L.* 3. §. 1. §. *ſeq. D. uti poſſ.* Interdictum autem & ipſum actio eſt. *L. actio, D. de obl. & act.* Qui minus igitur detur actio negatoria, per qnam quis ſibi eodem modo poſſeſſionem tueatur? Et certe neque poſſeſſoris utilitas, neque per ſe actionis natura

tura

tura repugnat, ſi quis modo in actione nihil amplius obtinet, quam quod actio eſt. Sed ad naturam actionis in rem, qualem nunc negatoriam intelligimus, eſt inutile. Eſt enim omnis actio in rem iure civili non ad poſſeſſionem rei conſtituendam prodita; ſed prius ad dominium & ius plenum rei, de quo & iudex prius pronuntiare debet: deinde eo, ut cuius res eſſe ſententia iudicis declaratum fuerit, illi & res reſtituatur. Sic obſervatur etiam in ſervitutibus de ea ſervitute, quam quis ſuam eſſe intendit confeſſoria actione. *L. ſicut, §. ſed ſi quæritur, D. ſi ſervit. vind.* Non dubium, quin valeat & in negatoria actione de libertate, quam actor itidem ſuam eſſe intendit. *L. loci, §. competit, D. eod.* cum ſententia intentioni debeat eſſe conſentanea. *L. ult. C. de fid. lib.* Porro ut efficiatur rem noſtram eſſe, negatoria non agitur: quippe quæ ad eam rem ſit inutilis; nemo enim ideo ſe dominum eſſe, aut rem ſuam eſſe confirmat, quia negat rem eſſe adverſarii: cum fieri poſſit, ut ſit neutrius. Non ergo vere tantum dictum eſt hoc loco, poſſeſſori negatoriam actionem non dari: cui conſequens fuit multo minus dari confeſſoriam: ſed etiam intelligitur, quam recte dicatur utrumque; & ne ſupervacuum videatur de eo nos moneri, quæ fuerit de utroque dubitationis cauſſa.

XXIII. Nunc hoc monendi ſumus dicta hæc eſſe in utraque actione de poſſeſſore rerum corporalium; ius ad ſervitutes non pertinere. Nam in ſervitutibus placet eundem poſſeſſorem iuris eſſe poſſe, & petitorem; id eſt, & eum qui eſt in poſſeſſione ſervitutis, nihilominus de ſervitute agere poſſe confeſſoria: & eum contra, qui eſt in poſſeſſione libertatis poſſe de iure ſuo agere negatoria, quod traditur & declaratur exemplis in *L. etſi, §. ſciendum. L. ſicut, §. ſed ſi quæritur, D. ſi ſervit. vind.* Non adverſatur, quod hic ſimpliciter dicitur, ei qui poſſidet, negatoriam actionem non eſſe proditam. Repetendum eſt enim illud quod propoſuit, in controverſiis rerum corporalium, quod & repetiit initio huius actionis: ait enim; *nam in his is agit*. In his, intellige, controverſiis rerum corporalium: & idem in tota ratione intelligendum eſt, ſi modo ratio ad id, quod propoſitum eſt, recte refertur. Sed & illud Ulpiani ſimpliciter dictum, actionem nunquam ultro poſſeſſori dari, *d. L.* 1. *§. pen. D. uti poſſ.* non ad alias res pertinet. Scriptum eſt enim ad interdictum uti poſſidetis, & de iis rebus, de quibus competit interdictum: competit autem de rebus corporalibus & ſoli, *d. L.* 1. in pr. & *§. inter. uti poſſ.* Poſtremo, ut nihil dicatur amplius, quam actionem poſſeſſori non dari, ipſum poſſidendi verbum ſatis docet, dictum hoc eſſe de rebus corporalibus: ſolæ enim poſſidentur res corporales; incorporales, quales ſunt ſervitutes, non poſſidentur. *L.* 3. in pr. *D. de acq. poſſ. L. ſervus. §.* 1. *D. de acq. rer. do.* Ut appareat in his, quæ de diſſimilitudine actionum in rem diximus, eum de rebus corporalibus agitur, aut de incorporalibus, duas has differentias ſtatui inter iſtarum rerum actiones. Priorem hanc de, qua ſupra diximus, poſitam in genere actionis: quod de rebus corporalibus negatoria actio nulla eſt: de ſervitutibus eſt prodita ei, qui neget ſe ſervitutem debere. Alteram poſitam in poſſeſſione iſtarum rerum: quod in rebus corporalibus ſive eſt negatoria, ſive confeſſoria, nunquam alterutra poſſidenti datur: in ſervitutibus utraque tam ei, qui poſſidet, quam qui non poſſidet. Ex quo incidit rurſum res in dubitationem. Cur enim quæ actiones in rem in utroque genere rerum competunt, cum ſint de rebus noſtris quas petimus, non pariter competunt iis ſolis, qui non poſſident, aut pariter omnibus, ſive poſſideant, ſive non poſſideant?

XXIV. Sed quoniam iam oſtendi rationem conſtare, cur in rebus corporalibus actio poſſidenti non detur; ſolum relinquitur dubium, cur idem non recipiatur in ſervitutibus. Dubitationem movet exemplum eiuſdem actionis in utroque genere rerum. Augent hæc dubitationem. Nam ſi actiones de ſervitutibus in rem ſunt, ut ſunt: *L.* 2. *ſi ſervit. vind.* neceſſe eſt eſſe adverſus poſſeſſorem. *L. actionum, D. de obl. & act.* Quod ſi adverſus poſſeſſorem, is qui agit poſſeſſor eſſe non poteſt, quoniam duo eandem rem poſſidere non poſſunt, *L.* 3. *§. ex contrario, D de acq. poſſ.* Sed & quod dicitur neceſſe eſſe inter litigantes alium petitorem eſſe, & alium poſſeſſorem, nec poſſe aliter rem expediri: *L. inter, D. de iud. §. retinendæ, Inſt. de interd.* generaliter dictum eſt, & ad omnes controverſias pertinet, in quibus quid petimus a poſſeſſore. Quare non videtur ius pati ne in ſervitutibus quidem, ut idem ſit & petitor iuris & poſſeſſor. Sed & Ulpiani hæc ratio eſt, quominus poſſeſſori detur actio; ſufficit, inquit, ei quod poſſidet. Cur hæc non æque dicamus in ſervitutibus? Et de his ſit hoc reſponſum, o-

omnino

Digitized by Google

mnino in ſervitutum quoque controverſiis alterum ex litigatoribus poſſeſſoris partibus fungi debere, alterum petitoris: aliter litem expediri non poſſe. Sed & de eo non diſſimiliter ſtatui, atque in controverſiis rerum corporalium, ut qui eſt in poſſeſſione eius iuris, de quo agitur, is poſſeſſoris partes ſuſtineat, etiam ſi maxime actionem inſtituerit, alter petitoris. *d. L. ſicut*, *§. ſed ſi quæritur*, *L. etſi*, §. 1. *D. ſi ſervit. vind.* Hoc diſſimile, quod qui in ea poſſeſſione eſt, poteſt ultro agere de eo iure, quod ſibi defendit, ſive is ſervitutem ſibi vindicet, ſive libertatem. Non impeditur hoc ratione Ulpiani ſuperiore, ſed efficitur: atque hic differentiæ ratio inter res corporales & ſervitutes conſtitit. Non datur, inquit, poſſeſſori actio: quia ſufficit ei, quod poſſidet. Propone aliquem pro poſſeſſore eſſe, cui tamen hoc non ſufficiat ad rem tenendam. Continuo huic actionem dederis, quia ceſſet ratio, quæ actionem adimebat. arg. *in L. quod dictum*, *D. de pact.* At hoc in iſta quaſi poſſeſſione ſervitutum accidit; quod non item fit in rerum corporalium detentione. Res corporales qui tenet, eas habet apud ſe, ut quandiu ita habet, non metuat, ne ſibi ignoranti auferantur. Denique ſic habet, ut ſint in eius poteſtate, non alterius: quod illi ad iuſtam ſecuritatem eſt ſatis. At qui eſt in poſſeſſione ſervitutis, is nihilo magis ſervitutem apud ſe habet, aut habet in ſua poteſtate. Servitus enim omnis quia a re aliena debetur, etiam in alieno eſt, non in noſtro: in eius a quo debetur poteſtate, non in noſtra: ut poſſit is quoties velit, & ſcientibus & ignorantibus nobis prohibere nos uſu ſervitutis. Uſusfructus aut actus mihi conſtitutus eſt in fundo tuo, & te patiente aliquandiu ſum uſus ſervitute: qui uſus me poſſeſſorem facit. *L. ult. D. de ſervit.* Tu tamen fundum occludere potes ut dominus, cum videtur, & impedire uſum ſervitutis. Tignum habeo immiſſum in parietem tuum; ego ſum poſſeſſor. *d. L. ſicut*, *§. ſed ſi quæritur*, *ſi ſervit. vind.* Totum hoc tamen in tua poteſtate: licetque tibi efficere, quoties velis, ne immiſſum habeam & ignorante me & invito, vel tignum præcidendo, vel parietem quo tignum immittitur diruendo. Quæ res facit, ut effectu nec ſervitutem poſſidere videar, ſed adverſarius: certe non ita poſſidere, ut mihi ſufficiat, quod poſſideam, qui non eo magis ſum ſecurus. Quamobrem merito hæc actio neceſſaria viſa eſt, quo conſequar fruendi, utendive ſecuritatem. *L. pen. §. ult. D. ſi ſervit. vind.* Eadem ratio libertatis, cuius nomine negatoria agitur. Nam & libertatis huius poſſeſſio eſt in patientia vicini, qui nos poſſeſſione rei noſtræ libere uti patitur: nec alia re interpellatur hæc libertas, quam cum aliquis facit nobis poſſeſſionis controverſiam; nos noſtra poſſeſſione uti prohibet. *L. 3. §. 1. §. ſeq. D. uti poſſ. L. vim facit. D. de vi.* Hæc autem patientia vicini res aliena eſt: non in nobis, ſed in vicino: quam ille, ſi aliquando præſtitit, poteſt non præſtare, quoties velit. Eo nec ſatis eam libertatem videmur poſſidere, etſi cum agitur, ſimus in eius poſſeſſione: aut ſi quis poſſidere nos putet, non tamen ſufficit ad ſecuritatem, quod ita poſſidemus. Quæ & ipſa cauſſa etiam hoc modo poſſidenti actionem negatoriam dedit, huc ſpectantem, ne dominus in poſterum inquietetur, ut loquitur Ulpianus in *d. L. pen. §. ult. D. ſi uſ. pet.* Illuc redeo, quod hic dicitur, ei qui poſſidet negatoriam actionem non eſſe proditam; & quod alibi traditur generaliter, actionem nunquam ultro poſſeſſori dari: de actionibus rerum corporalium dictum eſſe; in ſervitutibus locum non habere, etſi hæ interdum dicuntur poſſideri.

XXV. Sed videndum, num falſum ſit & in rebus corporalibus. Nam in *L. officium*, *D. de rei vind.* traditur dominum rem ſuam vindicare poſſe ab omnibus qui tenent, & habent reſtituendi facultatem: puta ab eo apud quem depoſita eſt, vel cui commodata, vel qui conduxit, aut qui legatorum ſervandorum cauſſa, vel dotis ventriſve nomine, vel quia damni infecti nomine ei non cavebatur: in poſſeſſione eſt. Atqui hi omnes non poſſident, ut ibidem adiicitur. Sunt hi in poſſeſſione. Solus eſt dominus, qui per iſtos poſſidet. *§. poſſidere*, *Inſt. de interd.* Sic fit, ut qui vere poſſidet, idem recte rem ſuam vindicet ab eo qui tenet, atque ita detur actio, & in rem actio etiam ei, qui poſſidet, & quidem rem corporalem, quod ſupra negavimus. Et veriſſime dicitur, eum qui poſſidet, poſſe rem ſuam, quæ ab alio tenetur, petere ab eo qui tenet. Quo enim plus iuris eſt actori in re poſſeſſa, eo citius ei actio in rem danda eſt ad rem ſuam obtinendam: dum is conveniatur, qui poteſt conveniri: poteſt autem, qui rem tenet, & habet reſtituendi facultatem. *d. L. officium.* At dominus ſi poſſidet, hoc ipſo plus iuris habet in re poſſeſſa, quod poſſidet: ſic enim accedit poſſeſſio ad ius dominii confirman-

mandnm. Quare ſi poteſt dominus rem petere etiam qui omnino non poſſidet, quod conſtat: multo citius ei dabimus actionem, qui rem poſſidebit, ſi eam non teneat. Falſum ergo, dicet aliquis, aut contrarium, quod dicitur cum hoc loco, tum ab Ulpiano, ei qui poſſidet, actionem non dari. Immo verum utrumque, neque alterum alteri contrarium: dum ſciamus, quem utrobique poſſeſſorem vocemus. Cum dicimus eum agere poſſe, qui poſſidet, ſi alius rem teneat, neque reſtituat: aperte poſſeſſoris verbo eum demonſtramus, qui vere poſſidet, & ea poſſeſſione, quæ iure conſiſtere dicitur, non corpore in *L. nemo, C. de acq. poſ.* Cum autem dicitur ſimpliciter eum agere non poſſe, ſeu ei actionem non dari, qui poſſidet: poſſeſſor intelligendus eſt is, qui rem tenet, & penes ſe habet, exigente ita natura & fine actionis, de qua agitur. Videndum eſt enim, cur id dicatur: nempe quia rei reſtitutionem perſequitur in rem actio: quæ petitio non tantum ſupervacua eſt, ſed etiam ſæpe abſurda in eo qui rem tenet. At eſt etiam neceſſaria ei, qui quanvis rem poſſideat, tamen corpore non tenet. Hic enim non minus laborat, ut res ſibi reſtituatur, quam ſi omnino non poſſideret. Quapropter & ei dabimus, poſtulante id fine actionis. Nec aliud ſenſit Ulpianus, cum dixit nunquam ultro actionem poſſeſſori dari, ut ratio ab eo ſubiecta declarat: *quippe*, inquit, *ſufficit ei, quod poſſideat*. Hoc quidem recte dicitur de eo, qui tenet: de eo autem, qui non tenet, quanvis poſſideat interpretatione iuris, non recte dicitur. Nequaquam enim huic ſufficit iſta poſſeſſio, quæ nihilo plus ei prodeſt, quam ſi nullo modo poſſideret. Nec mirum ſit in actoris perſona poſſeſſorem a nobis ſic accipi, cum aut non poſſidenti dicimus actionem dari, aut poſſeſſori non dari. Nam & cum de reo agitur ſic & poſſeſſoris verbum accipi conſtat ex eodem fine & natura actionis. Traditum eſt enim diſerte eodem auctore Ulpiano in *L. actionum, D. de obl. & act.* actionem in rem eſſe, per quam rem noſtram, quæ ab alio poſſidetur, petimus: & ſemper adverſus eum eſſe, qui poſſidet. Hic vero convenit poſſeſſorem latius accipi eum qui rem tenet, & habet reſtituendi facultatem, etiam ſi vere non poſſideat, id eſt, non ut ſuam, non animo dominantis. *d. L. officium, de rei vind.* Non alia id quidem de cauſſa, quam quod convenit fini & naturæ actionis, quæ nihil niſi reſtitutionem rei poſtulat. Sit ergo & poſſeſſoris eadem ſignificatio, cum de actore dicitur poſſeſſori actionem non dari: quando & reſtitutionis, quæ petitur, natura id poſtulat: quæ ei non convenit, qui tenet: neceſſaria eſt ei, qui non tenet, etiamſi poſſideat. Ad quod confirmandum cum accedant aliorum locorum ſententiæ, & quidem eiuſdem auctoris Ulpiani, quibus declaratur eum qui poſſidet, non tenet, rem vindicare poſſe: quin iam ſuperiora illa verbis contraria de eo qui tenet interpretanda ſint, dubitare non debemus. Neque id ſolum ſignificat Ulpianus in *d. L. Officium, de rei vind.* ſed prope diſerte expreſſit in *L. naturaliter*, §. 1. *D. de acq. poſ.* cum ait non denegari ei interdictum, uti poſſidetis, qui cœpit rem vindicare: non enim videri poſſeſſioni renuntiaſſe eum, qui rem vindicavit. Admittit igitur aperte eum rem vindicaſſe, cuius poſſeſſio fuit, quam & poſt vindicationem retinet.

XXVI. *Sane uno caſu*. Quod dixerat ei qui poſſidet, negatoriam actionem non dari, quo innuitur multo minus dari confeſſoriam, eoque nullam dari: hanc habet ſignificationem, ut is qui poſſidet, in rem agere non poſſit. Id quoniam ſic accipi poterat, quaſi nec effectu poſſet pro actore eſſe, id eſt, partes actoris obtinere, ideo interpretatur, & hoc poſterius quod videri poterat, removet, ac velut excipit. Eſtque hæc ſententia, quaſi ita ſcripſiſſet: ſane quod dixi eum qui poſſidet, non agere, non ſic accipiendum eſt, quaſi nec poſſit agere, nec obtinere partes actoris. Etſi non agit: poteſt tamen actoris partes obtinere: Id valet, probandi onus ſuſtinere: *L. ſi prius*, in fin. *D. de op. no. nunt. L. circa, D. de prob. L. inter, D. de iud.* hæ autem dicuntur actoris partes, quia is ſemper intendit, aut dicit aliquid. Semper autem probatio eius, qui dicit, non eius qui negat. Unde & probatio ſemper actoris, quatenus ei contradicitur. *L. 2. L. verius, D. de prob. L. actor, C. eod.*

XXVII. Quæ & ipſa res facit, ut non ſint hæ partes poſſeſſoris: qui ex hoc iure etiam ſi dominus non ſit, tamen actore non probante poſſeſſionem retinet, quanvis nihil ipſe de iure ſuo aut dixerit, aut probaverit: *L. qui accuſare, C. de ed. L. ult. C. de rei vind.* atque inde dictum, illud onus petitoris; hoc commodum poſſeſſoris. *d. L. inter. de iud. §. retinendæ*, verſ. *commodum infra de interd.* Poteſt ergo qui poſſidet, actoris partes obtinere, ut probandi onus ei incumbat non ſecus, quam actori.

XXVIII. Sed addit Iuſtinianus, fieri id, *uno caſu*, nec de caſu quidquam exprimit, aut etiam vel leviter ſignificat: tantum adiicit; *ſicut in latioribus Digeſtorum libris opportunius apparebit*. Quis eſt ergo iſte unus caſus? Et ſi lectio vulgaris recta eſſet, aut ullo modo poſſet defendi: tentarem & ipſe cum innumeris aliis, num poſſet hic caſus & a nobis inveniri, aut ab aliis bene inventus num quo modo recte poſſet conſtitui, ne toties de eo ambigeretur. Sed ſi quod multi docti viri ſentiunt, aperte falſa ſententia, & vitioſa lectio eſt; de remedio potius cogitandum cum illis, quam ſtulte laborandum in eo inveſtigando, quod quia non eſt, omnino inveniri non poteſt. Quod & mihi vel maxime videtur. De quo tamen quia dubitatur a maxima parte interpretum, qui non ſine cauſſa temeritatem iſtam correctionum non ſecus ac peſtem fugiunt, & tanquam iocularium quendam & puerilem ludum a certitudine doctrinæ & prudentia excluſum ad pueros relegant; viſum eſt de eo certius aliquid dicere, ubi animus legentium & veri amantium fortaſſe acquieſcat. Ne ergo in poſterum lectionis iſtius vulgaris religio hic magnopere nos teneat: conſtitui docere, primum ſententiam perſpicue falſam continere, fruſtraque in ea, ut ex Digeſtorum libris, retinenda laborari. Tum autem ne Iuſtinianum quidem ipſum, aut quiſquis auctor eſt, ita ſcripſiſſe, idque ex ipſis verbis poſſe conſtare. Primum non difficile eſt probare aperte falſam ſententiam eſſe hanc, eum qui poſſidet, uno tantum caſu actoris partes obtinere. Quam multi enim ſunt caſus, & varii, in quibus id accidit? Qui poſsidet, a quo res iudicio petitur, innumeris exceptionibus ſe tueri poteſt, ne condemnetur: puta quod de eadem re iam iudicatum ſit inter eaſdem perſonas: quod tranſactum ſit; quod poſſeſſor longo tempore poſſidendo rem ſuam fecerit, & ſi quæ ſunt ſimiles. At in exceptionibus reus actor eſt. *L. 1. D. de excep.* Neque hoc aliud eſt, quam eum onus probandi, id eſt, actoris partes ſuſtinere, ut explicatur in *L. in exceptionibus, D. de prob.* Qui poſſidet, ſi patitur poſſeſſionis controverſiam, agit interdicto uti poſſidetis: propoſitum eſt enim hoc interdictum poſſeſſori huius ipſius poſſeſſionis tuendæ & retinendæ cauſſa. *L. 1. §. eſt igitur, D. uti poſſ. §. retinendæ, infra de interd.* Quod ſi agit, idem & probandi onus ſuſtinet, quæ ſunt, ut dixi, partes actoris *L. verius, D. de prob.* In tribus iudiciis duplicibus, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum, quæ iis & adverſus eos dantur, qui res communes, aut confines poſſident, ſinguli & actores ſunt, & rei. *L. iudicium communi, D. fin. reg. L. inter, §. qui familiæ, D. fam. erciſc.* Ergo & reus qui poſſidet, quoniam in his actor eſt, etiam in his actoris partes ſuſtineat, neceſſe eſt. In præiudiciis & hoc evenit, ut quoties operæ petuntur a liberto, aut quid aliud ab eo deſideratur, ſi libertus neget, reddatur præiudicium, ſeu actio præiudicialis patrono: in qua is qui ſe patronum dicit, probare debet ſe patronum eſse, & ita partibus actoris fungi, quanvis forte is poſſeſſor fuerit, & libertus in poſſeſſione libertinitatis. *L. quoties, D. de prob. L. ult. D. ſi lib. ing. eſſe dic.* An ergo hic unus caſus, ac non potius prope innumeri, in quibus qui poſſidet, idem & actoris partes obtinet? Vertamus nos in omnes partes, quas volemus: ſi vel in his caſibus ſolis (ſunt enim etiam plures, ut in eo qui ultro ſuſcipit in ſe partes probationis ex *L. circa, D. de prob.* ut in eo, in quem quia rem non defendit, transferuntur partes actoris in *L. ſi prius. D. de op. no. nunc.* de quibus nonnihil poſtea) ſi, inquam, vel in ſuperioribus ſolis, de quibus conſtat, is qui poſſidet, actoris partes obtinet; neceſſe eſt falſum eſſe uno tantum caſu eum qui poſſidet, has partes obtinere. Contraria enim ſunt, atque adeo aientia & negantia, non amplius quam uno caſu hoc contingere: &, idem contingere pluribus caſibus, quam uno. Atque hoc quidem ita neceſſe, ut nullo ingenio poſſit infirmari: niſi quid adfertur, quo probetur ſententiam Iuſtiniani non pertinere ad ſuperiores caſus. Sed manifeſtum eſt omnes verbis eius definitionis contineri. In omnibus enim eſt, qui poſsidet, & idem actoris partes obtinet. Nihil autem amplius dicit Iuſtinianus, quam eum qui poſſidet, interdum partes actoris obtinere.

XXIX. Immo, aiunt quidam, ad eos caſus definitio Iuſtiniani non pertinet: quoniam in his proponitur quidem is, qui poſſidet, & idem qui partes actoris obtinet: ſed hoc accedit, quod & poſseſſor iſte prius agit, ut in interdicto uti poſſidetis, in duplicibus iudiciis, in præiudicio; aut pro actore habetur, ut in exceptionibus: ſic deinde tanquam actor non mirum, ſi partes actoris obtinet. Iuſtinianum autem loqui volunt de eo tantum qui poſſidet, & ut poſseſſor tantum, non

ut

ut actor actoris partes obtinet. Quod perſpicue refellitur, primum quidem verbis: magis tamen reipſa, & falſitate ipsius ſententiæ. Verbis quidem aperte. Ut enim iam dixi, nihil amplius ſcribit Iuſtinianus, quam eum qui poſſidet, nihilominus actoris partes obtinere. In ſuperioribus autem casibus is qui poſſidet, nihilominus actoris partes obtinet totidem verbis. Quare ad hos caſus definitio omnino pertinet. At enim in his is qui poſſidet, prius agit, aut pro actore eſt. Plane: ſed & iſte verbis definitionis continetur. Nam qui ita agit, aut pro actore habetur, nihilominus poſſidet. Unde recte ita dicemus pro perpetua regula interpretationis apud omnes iuris auctores recepta: Iuſtinianus generaliter loquitur de eo, qui poſſidet, nec adiicit, qui actor non eſt, aut pro actore non habetur. Proinde quiſquis poſſidebit, & nihilominus obtinebit partes actoris, is continebitur Iuſtiniani definitione: parumque refert, an prius agat, an vero aliter tantum ſit poſseſſor. Perpetua hæc collectio eſt veterum in ſimilibus orationibus generaliter ſcriptis, ut in *L. metum*, 9. *§.* 1. *D. Quod met. cau. L. item veniunt*, *§. petitam*, verſ. *a quo*, *D. de her. pet. L. de pretio*, *D. de publici.* Sed in primis refellitur iſta ſententia re ipſa, cum ita ſtatuit poſſe aliquem poſseſſorem actoris partes obtinere, qui poſseſſor tantum ſit, nec prius habeatur pro actore: atque adeo de hoc ſolo definitionem Iuſtiniani intelligendam. Nunquam enim poſseſſor aut reus quiſquam partes actoris ſuſtinere poteſt, niſi ſit quod probare cogatur: hæ enim ſunt, ut dixi, petitoris partes, neceſse habere aliquid probare. *d. L. ſi prius*, *D. de op. no. nunt.* Nunquam autem quiſquam has partes ſuſtinet, niſi qui aut prius agere cogitur, aut conventus prius intendit aut dicit aliquid, quod probare debeat: nam quid aliud probare debet, quam id quod dicitur: aut cui probatio incumbit, niſi ei qui dicit? non enim unquam incumbit ei qui negat. *L.* 2. *D. de prob. L. actor. C. eo.* At quiſquis dicit aliquid, etiam ſi ſit reus, in eo quod dicit, actor eſt, aut ſi malumus, pro actore habetur; ut reus in exceptionibus, & allegationibus ſuis omnibus. Unde & in his onus probandi ſuſtinet. *L.* 1. *D. de exc. L. in exceptionibus*, *D. de prob. L.* 1. *C. eod.* Vel ipſe ille caſus, quem iſti pro exemplo adferunt, in quo poſſeſſor non ſit actor, & nihilominus actoris partes ſuſtineat, abunde id oſtendit, quod dixi, atque ipſos refutat. Proponunt ſpeciem Africani ex *L. ſi prius*, *D. de op. no. nunc.* in qua poſſeſſor ædificii conventus confeſſoria aut negatoria actione, ſi ædes non defendit, de quarum ſervitute aut libertate agitur, actoris partes ſuſtinere cogitur, quanvis nec egerit prius, nec exceptione ulla ſit uſus. Sed animadvertere debuerunt id quod eſt in principio eius reſponſi, eum qui illic rem non defendit, ideo cogi ſuſtinere partes actoris, quia & prius agere cogitur: ſic enim Africanus: *partes iudicis non alias futuras fuiſſe ait, quam ut eum cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius ſe ædificaturum, quam ultro egiſſet ius ſibi eſſe altius ædes tollere.* Agit ergo prius reus, & intendit ius ſibi eſse altius ædes tollere: ſic deinde quia actor eſt, & intendit quid, id quod intendit, probare cogitur. At agere hoc modo cogitur. Nihil nunc ad rem pertinet, quomodo agat, volens, an invitus. Satis eſt quod agit, nec prius ad partes probandi venit, quam ita egerit: ut ſemper verum ſit neminem partes actoris ſuſtinere, niſi qui prius actor ſit, aut habeatur pro actore: quod iſti negant, nos affirmamus, & vel uno hoc exemplo abunde declaratur. Quod ut dici non poſset: tamen ſemper illuc rediremus, Iuſtinianum nihil amplius dicere, quam eum qui poſſidet, interdum actoris partes obtinere, nec quidquam adiicere de poſseſſore, agat prius, an ſecus. Id cum certo accidat in ſuperioribus caſibus totidem verbis, quibus definitio Iuſtiniani expreſsa eſt: plane efficitur id non contingere uno tantum caſu. Nunc cum hoc accedat, ut nunquam poſseſſor quiſquam obtineat partes actoris, niſi prius ſe pro actore gerat, aut vere agens, aut intentione & defenſione aliqua utens: res eo deducitur, ut nec de alio poſseſſore Iuſtinianus ſentiat, eoque neceſse ſit, ut is poſseſſor, de quo ſentit, innumeris pene caſibus actoris partes obtineat, non uno dumtaxat. Etſi autem hoc plus quam ſatis eſt ad refellendos omnes eos, qui unum hunc caſum ſtatuere conantur; quia quemcunque attulerint, ſemper in promptu erit opponere ſuperiores, in quibus idem ſtatuatur: tamen ne qua ſit hæſitatio, operæpretium eſt cognoſcere, quem alii iſti caſum eſse velint, in quo uno qui poſſidet, actoris partes obtinet. Sic enim certius intelligetur, quam id falſum ſit: nec aliis auctoribus magis, quam iis ipſis, qui id ſtatuunt. Non enim qui hunc caſum unum quærunt, ſentiunt idem; ſed ita diſcrepant inter ſe ſententiis, ut quem caſum unus ſtatuit, ſtatim is illi ab aliis eripia-

eripiatur. Mitto ea, quæ hic afferuntur ab Accurſio, quæ nec ſpeciem veri habent, & ab aliis omnibus ſatis reſutauiur. Dicam quæ allata ſunt ab iis, qui in hac re plus aliis vidiſse exiſtimari poſsunt.

XXX. Fuerunt ergo noſtra ætate, qui hunc caſum ſtatuerent in interdicto uti poſſidetis: hac ratioue ſcilicet, quod iu hoc interdicto ſolum accideret, ut ſimul quis poſſideat, & nihilominus agat. Falſa, & ad id de quo quæritur, plane inepta ſententia. Falſa, quia accidit hoc idem in duplicibus iudiciis, & in præiudiciis interdum, ut oſteudi: accidit in ſervitutibus. *L. etſi, §. 1. ſi ſer. vind.* Inepta, quia ad rem plane non pertinet, nec quidquam efficit pro eo caſu, de quo quæritur. Eſto enim, qui poſſidet, uno tantum caſu agat. At certe qui poſsidet, non uno caſu partes actoris obtinet: de eo autem nunc agitur, au partes has obtineat, non an agat.

XXXI. Quidam hunc caſum unum ſtatuunt in ſervitutibus: de quibus hoc traditur in *d. L. etſi, §. 1. ſi ſervit. vind.* in his eundem poſseſsorem eſse iuris, & petitorem. Deterius hoc multo, quam ſuperius. Primum laborat iiſdem vitiis. Nam ut dicamus eum qui poſſidet in ſervitutibus, agere poſſe; etiam ſi contingeret ſolum hoc caſu, tamen uihil ad hunc locum, ubi non agitur de eo poſſeſſore, qui agit, ſed de eo, qui partes actoris obtinet. Quod poſterius multis aliis in cauſſis accidit. Deinde hoc etiam falſum, in ſervitutibus ſolis eum qui poſſidet, poſſe actorem eſſe. Et hoc multis aliis caſibus accidere, paulo ante indicavi. Sed accedit hoc tertium vitium maius, quod ſuperiores eum caſum adferunt, in quo etſi is qui poſſidet, agit, & non agit ſolum eo caſu, quæ ſunt aliena: tamen ſaltem idem actoris partes obtinet: id quod is caſus cum hoc loco commune habet. Illi autum in ſervitutibus afferunt eam ſpeciem, in qua is qui poſſidet, etſi agit, tamen non actoris partes ſuſtinet, ſed poſſeſſoris: hoc enim diſerte ita traditur in *L. ſicut, §. ſed ſi quæritur, D. ſi ſervit. vind.* quod plane pugnat cum hoc loco.

XXXII. Alii his repudiatis, quod ſane difficile non fuit, putant ſe hunc caſum reperiſſe in ea ſpecie Africani, quam ſupra commemoravi ex *L. ſi prius, D. de op. no. nunt.* Ubi in actione confeſſoria aut uegatoria, ſi is cum quo agitur, rem de cuius ſervitute aut libertate agitur, non defendit; iam dixi placere iu eum partes actoris transferri, ut qui prius erat reus, ultro agere & partes actoris ſuſtinere cogatur. Et quidem ego agnoſco in hac ſpecie eum caſum, in quo qui poſſidet, actoris partes obtinet. Sed iam ſatis aute docui non minus & hoc accidere in iis caſibus, quos initio propoſui. Ex quo apparet ne hunc quidem eſſe unum caſum, in quo id accidat: de quo nunc quæritur.

XXXIII. Si quid iu hoc genere probabiliter dici poteſt, reperietur maxime id eſſe, quod Petrus Bellaperticenſis olim ſcripſit, caſum iſtum unum, de quo Iuſtinianus loquatur, eſſe hunc, cum libertus qui erat in poſſeſſione ingenuitatis, & generaliter reus qui poſſidet, ſuſcepit in ſe onus probandi ſuum eſse, quod intendit, ut hoc probato ſecundum ſe ſententia feratur iuxta *L. circa, D. de prob.* Nam ſi verba ad vivum reſecare volumus; hic unus caſus eſse videtur, in quo vere & appoſite dicatur poſseſsor obtinere partes actoris: cum iu cæteris omnibus ſuperioribus potius dicatur actoris partes ſubſtinere. *d. L. ſi prius*, in fin. *D. de op. no. nunt.* Suſtinemus enim inviti, quæ imponuntur, ut in ſuperioribus caſibus. Obtinemus volentes, quæ ſuſcepimus, & quidem ea maxime, quæ prius ultro petiimus: quod iu uno hoc caſu propoſito contingit. Itaque nou temere eſt, quod Ioannes Faber, & alii nonnulli idem ſequuntur hoc loco. Et ſæpe, fateor, exemplum me movit. Sed re diligentius expenſa animadverto totum hoc dici probabiliter & in ſpeciem magis, quam vere.

XXXIV. Eadem enim & in hoc caſu probandi neceſſitas eſt, quæ in ſuperioribus, eadem, inquam, plane, non alia. Cur enim qui agit interdicto uti poſſidetis, probare debet ſe poſſidere? quia ſe poſſidere intendit, & ſecundum id iudicari poſtulat. Cur in exceptionibus reus poſſeſſorve exceptionem velut intentionem probare debet? quia ſcilicet intendit quod eſt in exceptione, & hoc probato, ſecundum ſe iudicari poſtulat. Atqui idem agit, & intendit libertus qui ex poſſeſſione ingenuitatis ſe dicit ingenuum; idem poſsbſſor qui rem ſuam eſſe intendit, ubi hæc ita intendunt, ut ſecundum intentionem ſuam ſententia feratur: de qua ſpecie agitur in *d. L. circa, de prob.* Neque vero ut id obtineant, ſufficit dicere, quæ intendunt, ſed etiam eos intentionem ſuam implere oportet, non minus quam ſuperiores. *L. 2. d. L. in exceptionibus, D. de prob.* An non igitur hic eadem intentio poſſeſſori, & ex intentione eadem neceſſitas probationis? Plane illo

modo

modo per omnia. Non habet quidem neceſſe libertus ſuſcipere has probationes, si ſatis habeat manere in poſſeſſione ingenuitatis, & pronuntiari ſe non eſſe libertum actoris. Sed ſi velit amplius pronuntiari ingenuus, ut & ſe eſſe intendit, de quo liberto agitur in *d. L. circa:* non minus & hoc probare cogitur: alioqui non obtinebit, quod intendit. Denique ita reperiemus nullam eſſe probationem in indicio intendenti quid, & vincere poſtulanti, niſi neceſſariam. Si non vult quis intendere, aut eum intenderit, non ſtudet vincere; liberum eſt ei non probare. At ſi velit obtinere, quod intendit, hæc iudicii lex eſt, ut ſive actor eſt, ſive reus, probare neceſſe habeat, neque unquam ſolum dicenti creditur repugnante adverſario. *L. ſi quidem, C. de prob. d. L.* 2. *D. de prob.* At enim in hoc caſu liberum eſt liberto non ſuſcipere probationes. Iam dixi eſſe liberum, ſi de ingenuitate non laborat vincere. Sin ingenuum ſe eſſe intendit, & hoc obtinere vult, qualem nunc proponimus: nihil eſt certius, quam eum probare debere. Neque hoc aliter fit in ſuperioribus caſibus. Nam qui agit interdicto, liberum eſt ei non agere, & ita non ſuſcipere partes actoris, ſeu probandi. Et qui exceptione utitur, liberum eſt ei non uti, & ita non implicare ſe neceſſitate exceptionis probandæ. Sed ideo illi probare coguntur, quia hanc neceſſitatem volentes ſibi impoſuerunt: ille agendo: hic exceptione utendo, & ambo id intendendo, in quo obtinere ſtudeant. Et si breviter dicendum eſt in omnibus his casibus una ineſt neceſsitas probationis, non abſoluta, ſed generaliter ea, quæ dicitur conſequentiæ, ſeu neceſsitas cum adiectione. Abſolute nemo in his neceſſe habet probare. Poteſt enim quiſque non intendere, quod intendit: nemo enim agere, aut in iudicio intendere quid invitus cogitur. *C. ut nemo inv. ag. vel ac. cog.* Sed & qui intendit, poteſt pati ſe vinci. At hoc poſito, ut quis quod intendit, cupiat obtinere, & ſecundum id ſententiam ferri: conſequens eſt, ut id probare neceſſe habeat. Alioqui non obtinebit. Quod & ipſum plane in hoc poſtremo caſu contingit.

XXXV. Secundum quæ facile eſt reſpondere de verbis, *obtinendi*, & *ſuſtinendi*, quo intelligamus utrumque in ſuperioribus omnibus caſibus recte uſurpari, & tribui ei, qui probatione utitur. Quiſquis partibus actoris, id eſt, probandi fungitur in petitione, aut intentione aliqua; ſi initium agendi & intendendi ſpectamus, recte dicitur eas partes obtinere, ut hoc loco: quoniam ita agendo aut intendendo eas partes ſibi impoſuit: voluit enim agere, atque adeo ad victoriam has partes ultro expetiit. Sin ſpectamus id quod actionem & intentionem ſequitur: dicendus eſt eas partes ſuſtinere; quia hoc ſuſcepto, ut agat & intendat quid, atque in eo vincat: ſequitur, ut quod intendit, probare neceſſe habeat. Quare cum in hoc caſu nihil diſſimile ſit a ſuperioribus circa partes actoris, & onus probandi: fit hic quoque idem, quod ſupra, ut ne hic quidem unus caſus ſit, in quo potius quam in ſuperioribus, is qui poſſidet, actoris partes aut obtineat volens, aut ſi malumus, ſuſtineat invitus.

XXXVI. Sed & hoc de hoc caſu poſtremo recte reſponderi poteſt: etſi concederemus in eo ſolum accidere, ut recte diceretur poſſeſſor actoris partes obtinere, non ſuſtinere: tamen aut de eo caſu non ſenſiſſe Iuſtinianum, ut proinde non debuerit ſententia Iuſtiniani ad hunc caſum referri: aut certe hunc caſum non magis unum eſſe in hoc genere; quam unus eſt in ſuperioribus, in quibus quis probare cogitur, & partes actoris proprie ſuſtinere videri poteſt. De hoc quidem caſu non ſenſiſſe Iuſtinianum ſic poteſt liquere. Apparet Iuſtinianum de eo caſu loqui, qui ſumetur ex Digeſtorum libris: ad illos enim nos revocat. Hic caſus ſi inde ſumitur, non alius erit, quam qui expreſſus eſt in *d. L. circa, de prob.* Et vero Petrus inde ſumpſiſſe ſe profitetur. Is autem eſt, cum libertus, qui eſt in poſſeſſione ingenuitatis, & cum quo agit is, qui ſe patronum dicit, fiducia ingenuitatis ſuæ ultro in ſe ſuſcipit probationes ad hoc, ut ingenuus pronuntietur. At hic caſus huic loco & propoſito Iuſtiniani convenire non poteſt. Cum enim hæc verba, *Sane uno caſu*, exceptionem aut interpretationem præcedentis ſententiæ habeant: non poſſunt niſi de ea re eſſe, de qua prior ſententia eſt, ad quam referuntur, vel in totum vel ex parte: quod proprium eſt exceptionis & interpretationis omnis, ac temperamenti ſubiecti. Iuſtinianus autem prius dixerat de eo qui poſſidet rem corporalem, cui negavit actionem dari. Quare ſi hoc temperare vult in his verbis, ut vult: neceſſe eſt, exceptio vel interpretatio ſit in totum vel ex parte de re corporali. Porro ingenuitatis cauſſa, quæ ſumitur ex *d. L. circa*, nulla ex parte eſt de re corporali. Quo efficitur neque hunc caſum convenire huic loco, neque de eo Iuſtinia-

num

Digitized by Google

num ſentire: ut profecto non debeat dici poſſeſſorem in eo caſu partes actoris obtinere ex ſententia Iuſtiniani, ubi is de eo non ſenſerit. Quod ſi producimus *L. circa*, & porrigimus hunc caſum etiam ad cauſſam proprietatis in iudiciis rerum corporalium, quo poſſeſſori poteſtas fiat probandi rem ſuam eſſe, ut ſic deinde ſecundum eum iudicetur, ut fecit Petrus: non iam is unus caſus eſt, qui legitur in *d. L. circa:* ſed plures, ut ſive agatur ingenuitatis cauſſa, ſive libertatis, ſive partus, ſive proprietatis, hæc facultas ſuſcipiendi in ſe probationes admittatur, & qui ſuſcepit, cum poſſideat, nihilominus partes actoris obtineat. Sed nihil opus eſt hac defenſione; quamvis per ſe abunde idonea, ut probetur, ne hic quidem unum caſum eſſe eum, de quo hic agitur. Illud tenendum eſt, etiamſi hic locus cauſſam ingenuitatis admittat, & unus ſit hic caſus, in quo quis probationes ultro ſuſcipiens audiatur: tamen in hoc caſu eadem eſſe omnia, propter quæ dici debeat eum qui poſſidet, actoris partes vel obtinere, vel ſuſtinere ſimiliter ut in ſuperioribus caſibus omnibus. Nam & in hoc caſu, qui ſuſcipit in ſe probationes de ingenuitate ſua, prius ingenuum ſe eſſe intendit, & in hac intentione actor eſt non ſecus, quam qui alias res ſibi vindicat, aut reus qui exceptionis intentione utitur: & præterea intentione ad victoriam ſuſcepta, ſequitur non minus, ut neceſſe habeat probare intentionem. Quæ ſi omnia eadem ſunt & in hoc caſu, & in omnibus, in quibus qui poſſidet, actoris partibus fungitur, ut is pariter recte dicatur partes actoris obtinere, & ſuſtinere: cum appareat hos caſus non ſolum plures eſſe, ſed etiam pene innumeros, perſpicuum ſit, nihil magis verum, aut ratum haberi debere, quam non uno caſu eum qui poſſidet, partes actoris obtinere eodem modo; nempe & intendentem quid prius, & ab initio volentem, intentione autem ſuſcepta coactum. Nihil autem magis falſum, quam uno tantum caſu id contingere. Quid ergo? recedemus a lectione vulgata, conſtanter recepta pene in omnibus exemplaribus; quam eandem iam olim ab initio Accurſius & qui ætate ſuperiores erant, ſolam agnoverunt? Sane vero hoc relinqui apparet, niſi aperte falſum tueri volumus. Nam quominus id ita falſum ſit, ne Iuſtinianus quidem ulla auctoritate ſua efficeret; atque adeo ne principes quidem omnes in unum collecti. Illud potuit efficere Iuſtinianus, ne amplius quam uno caſu is qui poſſidet, actoris partes obtineat, ubi eum caſum exprimeret. At ut verum ſit plures non eſſe in Digeſtorum libris, quam unum, ubi liquido conſtet plures eſſe: hoc vero non potuit. Quod cum ita ſit, melius eſt omnino hic errorem ſcribentis, etiam auctoris ipſius; ſive ea incogitantia eſt, ſive nimia in ſcribendo feſtinatio, agnoſcere, quam ſententiam tam aperte falſam admittere. Quis eſt enim, cui aliquando in ſcribendo aliqua particula non excidat, aut alia pro alia in calamum non obrepat? Et hoc quidem in voluntate & ſententia etiam obſcura Iuſtiniani admittendum fuerit.

XXXVII. Quid ergo, ſi probamus nec Iuſtinianum, aut auctorem huius loci ſcripſiſſe, *uno caſu*, aut de uno caſu ſenſiſſe: quidquam cauſſæ dici poteſt, cur non iam etiam ex voluntate ſcribentis lectionem mutare debeamus? Id vero ex ipſis verbis huius loci poteſt demonſtrari: quæ ego paucis expendam. Primum apparet Iuſtinianum in hac ſententia voluiſſe affirmare, aliquo caſu eum qui poſſidet, partes actoris obtinere. At ſi ſcriptum eſt, *uno caſu*, nihil affirmat, nihil dicit. Quare aut hoc non ſcripſit, aut ſcriptum non voluit. His autem verbis; *ſane uno caſu*, nihil eum docere aut affirmare de eo caſu certum eſt. Nam primum hunc caſum non exprimit verbis: addit demonſtrationem, ſicut in latioribus Digeſtorum libris apparebit. Sed non eſt ea demonſtratio, unde is caſus intelligatur: atque adeo tam non notat ea demonſtratio hunc caſum, quam ſi omnino adiecta non eſſet. Nam ea non adiecta, omnes intelligerent hunc caſum aut ex Digeſtis, aut ex aliis libris noſtris petendum eſſe. Ea adiecta, nihilo plus intelligimus, quam ante. Omnino vero ex Digeſtis, quam late patent, hunc caſum ſumi non potuiſſe eventus declaravit. Quæritur enim is caſus ab innumeris tot annos, & quidem ſedulo: ſed infelix labor, quo quæſitus tam diu & anxie, nondum eſt inventus. Præterea ſi unum caſum intelligere voluit, & eum a nobis ſciri, ut certe voluit, cum indicarit ex Digeſtis, atque hoc cognito pro non dicto eſſet, quod hic dixiſſet: oportuit aliquam eſſe cauſſam, ſi non iuſtam, at certe probabilem, cur eum, ubi opus erat, non expreſſerit, ſed potius de eo nos ad Digeſta ablegarit. An ergo fuit commoditas docendi, quod hic caſus facilius & plenius ex Digeſtis cognoſci poſſet? At iam dixi tam hoc non facile ex Digeſtis ſumi poſſe, ut nemo adhuc extiterit, qui eum invenerit, aut

aut etiam attigerit quid de eo, niſi ſibi diffidens & divinabundus. An potius brevitati conſulere voluit, quæ conveuiebat Inſtitutionibus? At tam facile & cito dicere potuit: ſane in ſervitutibus; ſane in interdicto uti poſſidetis; ſane iu ſpecie Africani ſub titulo *de oper. no. nunt.* aut ſane cum reus ultro probationes in ſe ſuſcepit; horum, inquam, unumquodque tam cito potuit dicere, & tam paucis verbis, atque adeo paucioribus; quam hoc modo: *ſane uno caſu, qui in latioribus Digeſtorum libris oportunius apparebit*. Non ergo ſcripſit unum caſum, ut eum demonſtraret potius ea demonſtratione, quæ non intelligitur, quam expreſſione ea, quæ facilior & brevior eſſe potuit. Tertio loco conſideretur, quod ait ideo ſe huoc caſum non exprimere, quia apparebit alias ex Digeſtis opportunius. Atqui ſi nunquam poſſeſsor actoris partes obtinet, niſi uno caſu, & viſum eſt Iuſtiniano de eo hic præcipere; nuſquam opportunius fuit atque adeo magis uecesse de eo commouefacere, quam hoc loco, ubi & de actione in rem agebatur, & ipſe eam ſententiam ex profeſſo poſuerat, quæ hanc expreſſionem requirebat, ſi quid io ea ſententia vellet intelligi. Quapropter uuum caſum non dixit, cujus expreſſionem neceſsariam omiſit, & in alium locum non neceſsario reiecit. Quarto loco expendatur verbum *apparebit*, quo utitur: *ſicut*, inquit, *in latioribus Digeſtorum libris apparebit*. Hoc quidem verbum ad unum illum caſum accommodari non poteſt. Iam enim oſtendi etsi quis hunc caſum alicubi eſse concederet: tamen tam eum ex his libris non apparere, quasi qui quæreuti ultro & facile sit obvius, ut ne quæsitus quidem magno conatu, ac tot annos ulli sit inventus, qui de eo sibi certo polliceri auderet. Nos inſuper nec ullum eſse illum caſum liquido probavimus. Poſtremo ut uuum caſum inveniremus, quid opus fuit adiici, *in libris Digeſtorum latioribus?* nam ad unum caſum inveniendum ſufficiebant vel paucisſimi & brevisſimi libri, si modo in his uſquam hic caſus exſtaret. Quorum nihil cum uni caſui conveniat: oratio ipſa indicat auctorem de uno caſu non ſcripsiſse, aut certe non ſensiſse. Quæ cum in ſcriptura vulgari coucurrant, ut & ſeutentia per ſe falſa sit, & non dubiis argumentis colligatur auctorem uon ita voluiſse: an dubitamus ſcripturam eſſe mutandam, & ad eam ſpeciem traducendam, quæ careat vitio, & reliquæ orationi conveuiat? Falſa ſeutentia facit, ut velle debeamus mutare: voluntas ſcriptoris, ut ſine periculo poſsimus.

XXXVIII. Et tamen hoc ipſum faceremus timidius, niſi ad certam ſuperiorum demonſtrationem etiam aliorum quorundam exemplarium auctoritas accederet. Nunc autem magni nominis, ac fidei Iuriſconſulti duo teſtes ſunt hoc loco aliter ſe hunc locum legiſſe in aliis exemplaribus, quod & illi ſecuti ſunt: Æmilius Ferreius, & Eguinarius Baro. Ille hoc modo, *Sane non uno caſu:* hic autem, *Sane in hoc caſu*. Hotomanus & ipſe locum emendandum eſſe aſſentiens, coniecturam animi ſecutus repoſuit *Sane illo caſu:* quod idem eſt cum poſteriore illo Baronis. Nam *in hoc*, ſignificat in hoc de quo nunc principaliter agitur in hoc §. *æque*, id eſt, in ſervitutibus. *In illo* autem, valet in illo ſuperiore, id eſt, ſervitutibus, de quarum actionibus prius dixerat: & quarum tractationem interſecuerat, poſtea de rebus corporalibus nonnihil interſerendo. Aliis verbis eadem ſententia. Videndum ergo, utrum ex his ſumamus ad emendationem, an vero utrumque ferre poſsit locus. Et hoc poſterius de ſervitutibus plane huic loco non convenit, & per ſe falſum eſt, ut dicamus in hoc caſu, id eſt, in ſervitutibus eum qui poſsidet nihilominus partes actoris obtinere. Nam ut ante indicavi, poteſt in his qui poſsidet, idem & agere: ſed non item actoris partes obtinet, verum poſſeſſoris, uti & ipſe re vera poſseſsor eſt. *L. etſi.* §. 1. *L. ſicut*, §. *ſed ſi quæritur*, *D. ſi ſervit. vind.* Deinde si hunc caſum certum exprimeret, ut diceret eum qui poſsidet in ſervitutibus, agere quoque poſse, ſatis dixerat, ſuperfluumque erat ne dicam ineptum addere, sicut in latioribus Digeſtorum libris apparebit. Superfluum; quia non eſt neceſse quodcunque in his libris Inſtitutionum dicitur, monere etiam in Pandectis eſſe, etiam si illic idem tradatur: alioqui in omnibus fere periodis id addi oporteret: quod nequaquam hic factum videmus. Si quid idem sit in Pandectis, bene eſt: si non sit, nihilominus quod hic traditur, ſuam auctoritatem per ſe obtinet, tributam his libris in prooemio. Ineptum adiici: quia in ſervitutibus eundem eſſe poſſeſsorem iuris & petitorem, non in libris latioribus Digeſtorum dicitur, quasi quærendum ſit ex pluribus libris & his latioribus: ſed dicitur uno tantum in loco, aut item altero, & his quidem brevisſimis, & ſub uno titulo poſitis, *d. L. etſi.* §. 1. *d. L. ſicut*,

Digitized by Google

cut, §. *ſed ſi quæritur*, *D. ſi ſervit. vind.*

XXXIX. Reſtat igitur, ut ita legamus, *Sane non uno caſu:* niſi malumus ad veterem ſcripturam accedentes propius pro *Sane* legere, *Sed non*, aut *Sed nec*, totidem pene literis, certe finitimis, & eodem modo incipientibus particulis: ut ſit Sed non uno: aut Sed nec uno caſu: ut primo cum ita ſcriptum eſſet, poſt factum ſit, ſed ne: quod cum non intelligeretur, repoſitum ſane, quod contextui & exceptioni magis conveniebat. Et quidem illud, *Sed*, magis expreſsiſſe videtur Theophilus, quam, *Sane*, ita ſcribens, ἐν ἑνὶ δὲ θέματι. Sed quo modo ex his legamus, ad ſententiam quam volumus, nihil intereſt. In omnibus enim eadem hæc ſententia eſt, non uno caſu accidere, quod hic traditur. Verumtamen ad ſtructuram orationis illud melius, & ad præcedentia temperanda aptius, *Sane non uno caſu*: quomodo ſe alicubi legiſſe teſtatur Ferretus. Utcunque hoc, aut illa placebunt: negativa oratio retinenda omnibus modis. Primum quia ſententia ipſa per ſe eſt veriſſima: falſa contraria, ut ſupra abunde & liquido probaſſe mihi videor. Deinde quia oratio eſt eiuſmodi, quæ ſola conveniat huic loco: utpote cum præcedentibus recte cohærens, eaque optime temperans: cum ſequentibus autem ita affecta, ut hanc ſolam ſequentia exigant, ita ſcripta, ut non alii convenire poſſint, quam ei qui dixit, non uno caſu eum qui poſſidet, actoris partes obtinere. Ad priora refertur hoc modo, ut & initio attigi. Prius dixerat ei qui poſſidet, non eſſe actionem proditam de re corporali. Id ne quis ita interpretetur, quaſi nec agere, qui poſſidet, nec omnino actoris partes ſuſtinere poſſit; ita temperat, ut dicat, ſane quidem eum agere non poſſe de re corporali, qui hanc poſſidet: at in univerſum & in hoc genere rerum, & in rebus incorporalibus eum qui poſſidet, actoris partes obtinere poſſe, idque fieri non uno caſu. Sequentia autem hæc ſunt; *ſicut in latioribus Digeſtorum libris opportuuius apparebit*. Quorſum hæc, cum ad declarationem unius alicuius caſus, aut plurium nihilo plus conſerant, quam ſi eſſent omiſſa? Nempe ideo ſubiecta, quia dixerat non uno caſu ſuperius illud contingere, id eſt,, contingere pluribus & variis caſibus. Quæreret enim aliquis, quibus? quod ſi non enumeraret, ſaltem huius rei rationem reddi oportuit: ne aut falſo plures hos caſus poſuiſſe, aut cum poſuiſſet, inepte omiſiſſe videretur. Ergo his verbis rationem reddit, cur eos nunc non perſequatur, aut indicet: perindeque eſt, quaſi ita diceret: eos caſus omnes colligere & recenſere longum eſset, minimeque huic loco, aut brevitati Inſtitutionum conveniens: melius igitur, atque opportunius ex latioribus Digeſtorum libris petere. Ex his vero plures eſſe hos caſus, & quinam ſint, apparebit. Apparet autem in ſuperioribus caſibus, qui ſuis quique locis quæſiti occurrent in Digeſtis. Ut iam non ſit obſcurum, cur dixerit opportunius eſse hæc petere ex Digeſtis, & cur in his inde cognoſcendis uſus ſit verbo *apparere*. Cur addidit, *latioribus?* hanc ipſam ob cauſſam quod hi caſus plures ſunt, & varii, qui non uno aliquo in loco exſtant in Digeſtis, ſed varie & ſparſim in latioribus Digeſtorum libris: unde & colligendi ſunt.

XL. Sed refragatur gravis teſtis ſuperiori lectioni Theophilus, apud quem & affirmativa oratio eſt, ut in textu latino. Sic enim apud eum ſcriptum legitur: ἐν ἑνὶ δὲ θέματι μόνῳ. Verum quid vetat, quominus dicamus & hoc ſcriptum mendoſe, atque ita legi debere, οὐκ ἑνὶ δὲ θέματι μόνῳ? quid enim prohibet mendum irrepſiſſe ex textu latino, ut quemadmodum illic vitioſe legebatur affirmative, ſic librarii qui textum Theophili excudebant, conferentes græca cum latinis pro οὐ repoſuerint ἐν, ut ſimiliter affirmativam orationem efficerent? Quod inde fit admodum probabile, quod illud in, pro quo poſitum eſt ἐν non eſt in textu latino, ut ſi recte expreſſit Theophilus, ne id quidem adiicere debuerit. Ac ſi pro ἐν reponendum eſt aliud, nihil eſt literis finitimum magis, quam οὐ, vel ante vocalem οὐκ. Quo poſito etiam veriſsima ſententia efficitur. Sed coniecturæ hæ ſunt, quibus ſi nihil aliud cogat ad certitudinem veri, nihil ne ipſe quidem quidquam, aut multum tribuo. Sed rem ipſam ſpecto: hoc amplius quid oratio ipſa per ſe ut aptum neceſſario flagitet, quid ut alienum reiiciat, conſidero. Quæ ſi hic ſpectantur, vincet ratio non aliter legi poſse aut debere, quam *Sane non uno caſu:* aut *Sed non uno caſu*; aut *Sed nec uno caſu*; ex quibus illud optimum, *Sane non uno caſu*, ut & apud Theophilum οὐκ ἑνὶ δὲ θέματι μόνῳ. Hæc ſcripſi pluribus, tum quod res pleriſque nova deſiderabat certiorem probationem: tum ut eſset de hoc loco tantopere ac tamdiu controverſo aliquando certandi finis, cognita ea ſententia & lectione, in qua acquieſcere oporteret. Quod aliter conſequi me poſse non putavi, quam ſi vera ſen-

ten-

tentia certis rebus confirmata, & contrariarum inanitate detecta, etiam lectio ipſa adverſus omnem metum temerariæ mutationis quam optime poſset, muniretur.

Sed iſtæ quidem.

§. III.

Diviſio ſecunda actionum principalis hic non eſt, ſed eſt interpretatio ſuperioris. I.
Civilium & prætoriarum actionum diviſionis hoc loco finis atque uſus. II.
Actionum omnium in perſonam cauſſæ. III.
Civiles actiones in perſonam cur hic omiſſæ in totum: prætoriæ paucæ cur expoſitæ. IV.
Actionum in rem tam civilium quam prætoriarum cauſſæ, & hinc earum ſpecies. V. VI.
Iſtæ actiones, quarum mentionem habuit, de quibus actionibus intelligendum. VII. VIII. IX.
Legitimum, quod ex quavis parte iuris civilis deſcendit, ut eadem ſint legitimum, & civile: ut & hoc loco. X.
Civile quid, & cur per excellentiam id quod non eſt prætorium. XI.
Cauſſæ actionum civiles quæ. XII.
Cauſſæ actionum civiles nullæ ex iis partibus iuris antiqui, quæ dictæ ſunt interpretatio prudentum, ſeu ius civile, & legis actiones. XIII.
Comparatæ actiones, quæ conſtitutæ; & ratio nominis. XIV.
Iuriſdictio prætoris quibus in rebus ſita. XV.
Ædiliciæ actiones prætoriarum verbo comprehenſæ. XVI.
Prætoriæ actiones & obligationes ſolum, quæ ſunt a prætore conſtitutæ, non etiam quæ comprobatæ: Civiles etiam quæ comprobatæ iure civili, & cur. XVII.
Noxalis actio adverſus eum qui ſervum nocentem deſiit dolo malo poſſidere, prætoria, non civilis. XVIII.
Neceſſarium. XIX.
Lectio huius loci quæ recta. XX.

Sed iſtæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & ſi quæ ſunt ſimiles, ex legitimis & civilibus cauſſis deſcendunt. Aliæ autem ſunt, quas prætor ex ſua iuriſdictione comparatas habet tam in rem, quam in perſonam, quas & ipſas neceſſarium eſt exemplis oſtendere, ut ecce, Plerumque ita permittit prætor in rem agere, ut vel actor dicat ſe quaſi uſucepiſſe, quod non uſuceperit: vel ex diverſo poſſeſſor dicat adverſarium ſuum non uſucepiſſe, quod uſuceperit.

I. NOn traditur hoc loco principalis aliqua diviſio actionum ſeiuncta a ſententia & portione ſuperioris, ut ſcilicet quædam ſint actiones civiles, quædam prætoriæ, neque hoc ad ſuperiorem referatur; ſed ſit hæc ſecunda actionum diviſio huius tituli per ſe conſiſtens, ut vulgo parum, ut arbitror, attente tradunt: ſed diviſio neceſſaria eſt, pars quodammodo & appendix ſuperioris. Certe quidem ad eius interpretationem tota collata. Nam primum non novam diviſionem ſe proponere præfatur, ut facit in ſequentibus diviſionibus: ſed aperte priorem diviſionem perſequens interpretatur, quod in ea obſcurum erat. Quod enim in ea diviſione quaſdam actiones ſpecialiter expreſſerat, ſic accipi potuit, quaſi hæ & ſimiles ſolæ eſſent ex utroque genere. Nunc hoc dicit non ita ſe id accipere: ſed illas actiones, quarum mentionem habuit, non eſse ſolas huius generis: eſse enim & alias prætorias tam in rem, quam in perſonam. Quod nihil aliud eſt, quam explicare, de quibus actionibus ſuperior diviſio actionum in rem, & in perſonam ſit accipienda. Deinde non dicit actiones de quibus locutus eſt, eſſe civiles, ſed deſcendere ex cauſſis civilibus: ſignificans actionum huius generis cauſas quaſdam eſse civiles. Cui membro cum ſubiiciat per adverſativam alias eſſe actiones tam in rem quam in perſonam a prætore comparatas, aperte oſtendit hoc ſe intelligere alias eſſe, quæ naſcantur ex cauſſis prætoriis; eoque & utriuſque generis

cauſſas quaſdam eſſe civiles, quaſdam prætorias. Quod & ipſum prioris diviſionis interpretatio eſt hoc explicans, quibus ex cauſſis actiones tum in rem, tum in perſonam naſcantur. Hoc vero non eſt diviſionem novam principalem inſtituere: ſed in priore perſeverantem explicare utriuſque generis cauſſas, sine quibus nulla ſit neque in rem, neque in perſonam actio.

II. Atenim proponit aperte hanc diviſionem, ut quædam ſint ex civilibus cauſſis, quædam prætoriæ. Plane: ſed diviſionem huc ſpectantem, ut explicentur cauſſæ ſuperiorum generum; quæ ſingularum partes ſunt vel maxime; certe res, sine quibus hæc genera non ſint omnino. Quod enim dicuntur quædam actiones in rem eſſe, quædam in perſonam, huc ſolum ſpectat, ut ſciamus pro natura cuiuſque cui detur, & in quem actio. Ut autem cui detur, & in aliquem, non niſi iuſtis & certis de cauſſis contingit. Ita ad diviſionem & hæc genera cognoſcenda, omnino quæ ſint hæ cauſſæ, cognoſci neceſſe eſt. Id quod aſſequimur cognitione earum actionum, quæ ex utroque genere ſunt partim ex iure civili, partim ex iure prætorio. Quot enim ſunt hæ actiones utroque iure proditæ, tot ſunt & agendi cauſsæ diſtinctæ. Atque huc diviſionem hanc & enumerationem prætoriarum actionum referri oportet. Hunc ſcopum atque uſum huius diviſionis qui non animadvertit, non temere effugiet, quin cogatur fateri & Iuſtinianum parum commode diviſiſſe, & non magnum admodum uſum eſſe huius diviſionis. Non recte ille, ſi novam diviſionem principalem inſtituens non recta & aperte ad hanc tranſiit, ut facit in reliquis; ſed quaſi in priore maneret, & hanc interpretaretur, ita verbis exceptionem, aut correctionem, aut breviter interpretationem ſignificantibus uſus eſt: ut diceret, *Sed iſtæ quidem*, quarum mentionem habuimus. Non recte ille, ſi cum poſſet breviter & dilucide dicere actiones omnes aut civiles eſse, aut prætorias, ſeu honorarias, ut eſt diviſio in *L. actionum*, in fin. *D. de obl. & act.* ipſe inani circuitione uſus dixit priores de quibus locutus erat, deſcendere ex legitimis & civilibus cauſſis: alias autem eſse, quas prætor ex ſua iuriſdictione comparatas habet. Uſus autem huius diviſionis perexiguus reperietur, ſi hoc tantum in ea quæritur, ut ſciamus, quæ actiones ſint iure civili proditæ, quæ iure prætorio. Utro enim iure actio prodita ſit, ad vim actionis & ius noſtrum conſequendum nihil intereſt: eum non minus actio prætoria reum teneat, quam civilis. Auctor ad hiſtoriam cognoſcendam valet; ad ius nihil facit, ſi alias actionem iure conſtitutam eſse conſtat. Sit ergo, ut dixi, hic uſus diviſionis, ut quoniam omnis actio tam in rem quam in perſonam, (quæ diviſio inſtituta eſt) datur alicui, & in aliquem, idque ex cauſſis utriuſque generis eſt æſtimandum: iam hic intelligatur, quæ ſint hæ cauſsæ: quando pro diſtinctione actionum civilium & prætoriarum accidit, ut diſtinguantur & agendi cauſsæ, & pro unoquoque genere varie quoque conſtituantur agenti tam in rem, quam in perſonam.

III. Quæ cognitio cum ad diviſionem inſtitutam, vel potius ad ius agendi cuiuſque tantopere pertineat; conſultum eſt eas cauſſas ad illum uſum diligenter cognitas habere: quas ideo nunc ſummatim proponam; tantum ut genera ſint nota, quæ notata ſuis locis, tum deinde ex his ipſis ſingula plenius petantur. Et de actionibus in perſonam expeditior præceptio eſt. Veriſſimum eſt enim illud, & perpetuum, quod ſupra dixi in §. 1. agendi cauſſam, quæ quidem proxima ſit, unam eſſe omnium actionum huius generis communem, obligationem, ſeu ſi is cum quo agitur, ſit nobis obligatus. Hanc quidem ſupra poſuit in *d.* §. 1. Etſi autem videtur nunc ſcribere ſe intellexiſſe civiles cauſſas quas prius poſuit, eoque & obligationem de qua prius in actione in perſonam locutus erat, civilem intellexiſſe: tamen ne prætoria quidem cauſſa alia eſt actionis in perſonam, quam hæc ipſa: ſemper enim agitur in perſonam adverſus eum, qui nobis obligatus eſt, ut eſt generalis definitio actionum in perſonam in *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Eſſe autem hanc illic definitionem generalem, pertinentem tam ad prætorias actiones in perſonam, quam ad civiles, declarat diviſio ibidem ſubiecta; qua actiones quæ prius definitæ erant, ſic dividuntur, ut dicantur omnes eſſe aut civiles, aut honorariæ. Et vero non aliunde dicitur actio in perſonam, quam quod perſonam ſequitur ipſam per ſe, non rem, cuius nomine agitur, ut dixi ſuo loco. Nec poteſt actio quemquam ſequi ad aliquid præſtandum, niſi eum qui iure obſtrictus eſt neceſſitate eius rei ſolvendæ. Quem obligatum dicimus, *tit. de obl.* in pr. ſupra. Ne cauſſæ quidem ipſæ proximæ & generales obligationis quas ſupra commemoravit in *d.* §. 1. id eſt, contractus,

quaſi

quaſi contractus, maleficium, quaſi maleficium, aliæ ſunt in actionibus in perſonam prætoriis, quam in civilibus. Omnes enim obligationes tum civiles tum prætoriæ dicuntur eſſe ex his quatuor cauſſis, eodem *tit. de obl.* §. 1. & *ult.* Sed ſpecies ipſæ iſtorum generum alio atque alio iure habentur. Quædam enim tenentur & vindicantur iure civili; quædam non niſi iure prætorio. Atque hinc ſcilicet illa diviſio obligationum, ut quædam ſint civiles, quædam prætoriæ, *d.* §. 1. *ſupra de obl.* unde rurſum actiones in perſonam itidem partim civiles, partim prætoriæ. *L. actionum*, in fin. *de obl.* & *act.* uti nimirum ex obligatione naſcitur in perſonam actio. *L. licet*, §. *ea obligatio*, *D. de proc.* Id autem ut intelligeretur, profuit hoc loco monere, actiones in perſonam non tantum deſcendere, ut loquitur, ex civilibus cauſſis, ſed etiam ex prætoriis, idque ipſum exemplis oſtendere: quod & fecit in §. *in perſonam*, & aliquot ſequentibus. Sed quæ ſint illæ cauſſæ primæ, ex quibus obligatio conſtituta eſt iure prætorio, unde & actio in perſonam; non magis ad hunc locum pertinet quærere, quam quæ ſint illæ, ex quibus obligatio & actio in perſonam naſcitur iure civili: cum de utroque genere pariter hic agatur. Locus eſt ad obligationes, & earum cauſſas pertinens: unde & earum rerum cognitio huc afferri debet. Et ſunt hæ cauſſæ ſupra in argumento obligationum ut ſuo loco expoſitæ.

IV. Quam ob cauſſam factum videmus, ut actionum in perſonam cauſſas iſtas & ſpecies civiles in totum omiſerit hoc loco Iuſtinianus, adeo ut ne exemplo quidem unius alicuius actionis civilis ſit uſus; prætorias autem cauſas obligationum ſeu actiones attigerit quidem, ſed ex innumeris paucas, & velut exempli loco: nam cum enumeraſſet quaſdam prætorias, ſubiecit in §. *pœnales quoque*, alias eſſe eiuſdem generis innumerabiles. Sed cur has etiam paucas inter prætorias attigit potius, quam ullas civiles, cum non magis cauſſæ & ſpecies obligationum prætoriæ ad hunc locum pertinerent? Hoc ideo, quod ex his quæ ante expoſuerat de obligationibus, in ea parte iuris conſtabat civiles obligationes, atque hinc actiones in perſonam civiles conſtitutas eſſe ex omnibus illis quatuor cauſſis obligationum, contractu, quaſi contractu, maleficio, quaſi maleficio. De prætoriis incertum: quoniam in eo argumento inter contractus, & quaſi contractus, nullas ante numeravit obligationes actioneſve prætorias; inter maleficia, & quaſi maleficia, paucas. Ex quo potuit dubitari, an ne ex contractu aut quaſi contractu ullæ eſſent prætoriæ: ex cæteris autem cauſſis an nullæ præter ſuperiores. Et exemplis docet ex omnibus cauſſis ſuperioribus eſſe quoque actiones in perſonam prætorias: certe quidem ex contractu, maleficio, quaſi maleficio: præter ſuperiores autem, quas expoſuit, multo plures: quod his paucis quæ ſubiicit, ſatis fuit oſtendere.

V. Quod attinet ad actiones in rem; cum eas de quibus locutus eſt antea, dicat naſci ex legitimis & civilibus cauſſis, nempe huc ſpectat ſequens prætoriarum enumeratio, ut intelligamus novas hic agendi cauſſas, & eas proximas a prætore eſſe inductas. Illa quidem cauſſa, quam ex parte eius cum quo agitur, nobis dari volumus ad agendum, nimirum ut poſſideat, aut pro poſſeſſore ob dolum habeatur: hic non mutatur: hæc in omnibus in rem actionibus una eſt, & omnium communis: ſine qua nemo in rem actione tenetur aut iure civili, aut prætorio. Ut differrent aliis rebus omnibus actiones in rem civiles ab actionibus in rem prætoriis: tamen una hac in re eas convenire conſtat, quod omnes in rem ſunt, & dicuntur: neque vero alia de cauſſa in rem, quam quod non perſonam obligant, ſed rem ſequuntur, ac per rem eius rei poſſeſſorem: ut ſcite nominatim dictum eſt de actionibus prætoriis, puta hypothecaria, in *L. ult. C. ſi unus ex plu. her. cred.* In perſona autem agentis, quando præcipue ac primo proprias cauſſas quemque ex ſeſe afferre oportet, quo oſtendat rem ad ius ſuum pertinere, ut ſit, cur ei res reſtitui debeat: hæ cauſſæ ſunt variæ. In ſumma autem aliæ ex iure civili, quæ hic civiles appellantur; aliæ ex iure prætorio. Iure civili una hæc cauſſa in rem agendi, & vindicandi, ſi quis rem ſuam petat, & ut ſcriptum eſt in §. *namque*, ſeq. ſi quis dominium ſuum vindicet: quo in genere de univerſitate petitio hereditatis; de rebus ſingulis corporalibus rei vindicatio. *L.* 1. *D. de rei vind.* de ſervitutibus confeſſoria, & negatoria actio. *L.* 2. *D. ſi ſervit. vind.* Iure prætorio cauſſæ plures; non tamen ut in actionibus in perſonam innumeræ, ſed paucæ & certæ. In hereditate duæ; ſi quis hereditatem bonorum poſſeſſione quæſitam petat: unde poſſeſſoria hereditatis petitio. *L.* 1. *D. de poſſ. he. pet.* Item ſi quis petat hereditatem fideicommiſſariam; unde & petitio hereditatis fideicommiſſaria. *L.*

1. & *tot. tit. D. de fid. he. pet.* In rebus autem ſingulis ſex ſunt cauſſæ numero, ex quibus totidem in rem actiones prætoriæ: quibus poſitis etiam cauſſæ agendi intelliguntur. Ex his actionibus duæ hic omiſsæ: quatuor poſitæ, quæ ordine ſubiiciuntur.

VI. In quibus omnibus recenſendis utar ordine eo, qui naturæ & dignitati ſingularum videtur convenire, ut quo quæque a iure dominii minus aberit, ea priore loco ponatur. *Prima* ergo actio eſt de agro vectigali, ſeu emphyteuticario, de qua tit. *D. ſi ag. vect. vel emph. pet. Secunda* de ſuperficie, quam in alieno ſolo conſtitutam habemus, de qua in *L. in ſpeciali. & L.* ſeq. *D. de re vind. L. 1. D. de ſuperf.* Has actiones merito in hoc genere primas facimus, quia qui ius vectigale, & ſuperficiem habent, haud multum differunt a dominis: quam fortaſſis cauſſam eſſe quis exiſtimaverit, cur ut notiores, & a vero dominio prope nihil diſtantes hoc loco ſint omiſſæ: hæ enim ſunt, quas omiſsas eſse diximus. Reliquæ hic ſubiiciuntur optimo ordine; habita ſcilicet dignitatis eius, quam ſupra dixi, ratione. *Tertia* eſt igitur, Publiciana de rebus bona fide poſſeſſis: de qua in §. *namque; Quarta* reſciſſoria de rebus olim noſtris, quæ poſtea in alium translatæ noſtræ eſſe deſierunt; nunc tamen reſciſſa ob iuſtas cauſſas a prætore translatione, quodammodo in ius noſtrum redierunt; de qua in §. *rurſus. Quinta* actio hypothecaria de prætorio pignore: de quo genere interpretor §. *ſi quis in fraudem. Sexta* ea, quæ dicitur Serviana, & hypothecaria de pignoribus cæteris. Hæc de uſu & ſententia huius diviſionis præfati, verba huius loci conſideremus; in quibus quædam ſunt animadvertenda.

VII. Ait, *Sed iſtæ actiones, quarum mentionem habuimus, & ſi quæ ſunt ſimiles, ex legitimis & civilibus cauſſis deſcendunt.* Bis vitioſa ſententia, ut videtur; & quod ait omnes actiones, quarum mentionem fecit, ex civilibus cauſſis deſcendere: & quod cum omnium prius meminerit, addit & ſi quæ ſunt ſimiles. Illic ſententia aperte falſa: hic etiam abſurda. Ait igitur iſtas actiones, quarum mentionem habuit, ex civilibus cauſſis naſci. Atqui ſupra meminit omnium actionum in rem, & omnium in perſonam. Diviſit enim in §. 1. actiones omnes in genera duo, ut ſint aut in rem, aut in perſonam; eoque & actiones in rem, & actiones in perſonam generaliter nominavit, nec quidquam adiecit, quo certas aliquas ſpecies ex his generibus ſe dicere ſignificaret. Falſum eſt autem omnes actiones in rem, aut in perſonam eſſe ex civilibus cauſſis: cum multæ ſint ex utroque genere prætoriæ, quod & ipſe ſtatim ſubiicit. Etſi autem poſt eam diviſionem actionum in actionibus in rem certas ſpecies recenſet, ut rei vindicationem de rebus corporalibus, & actiones de ſervitutibus, confeſſoriam, & negatoriam: tamen non eo minus verum eſt eum prius & alias appellaſſe: genera enim prius nominavit: ſub quibus ſpecies omnes continentur non tantum expreſſæ, ſed etiam non expreſſæ. Atque ut dederimus eum in actionibus in rem mentionem feciſſe tantum iſtarum, quas poſtea nominatim recenſet: tamen nihil iſtius fecit in actionibus in perſonam: has generaliter appellavit, & ſi quas addidit ſpecies, has addidit, ut diceret vel ex contractu eſſe, vel ex maleficio, & aliis quibuſdam modis. Earum ergo meminit generaliter, quæ ſunt ex his cauſſis. At ſaltem in hoc genere falſum eſt eas actiones quæ ſunt ex contractu, aut maleficio eſſe ex civilibus cauſſis; cum eæ quæ dicuntur poſtea prætoriæ, ſint & ipſæ partim ex contractu, partim ex maleficio. Pluſquam autem abſurdum eſt, quod eum ſub appellatione generis meminiſſet omnium in rem, & perſonam actionum, nunc addit, & ſi quæ ſunt ſimiles, quaſi poſtquam omnes generaliter eſt complexus, poſſint præter has ullæ eſſe ex eodem genere. Nam profecto qui aliquas præterea ſimiles eſſe dicit, dicit præter omnes eſſe alias; quoniam quæ ſunt ſimiles, ſunt aliæ. Denique perinde hæc adiectio eſt, ac ſi ita dixiſſet: ſed actiones omnes in perſonam (nam has omnes ante nominavit, nec ullam ſpeciem huius generis expreſſit) & ſi quæ ſunt ſimiles in perſonam. Atqui ſi omnes dixit, non debet metuere, ne quas prætermiſerit ſimiles; quoniam in omnibus nulla deeſt. Aut ſi quæ adiiciendæ ſunt velut omiſſæ, non nominavit omnes: quod falſum eſt.

VIII. Res ſic habet, non effugiemus hanc obiectionem, atque hæc vitia huius ſententiæ, ſi per iſtas actiones, quarum mentionem habuit, intelligemus genera ipſa actionum quæ ante nominavit, ac non certas ſpecies horum generum ante expreſſas. Et quidem has ipſas intellexerunt Theophilus, & Accurſius: quorum ille locum ſic reddidit, ut ad actiones in rem, quarum ſupra Iuſtinianus mentionem fecit, nominatim referret: hic autem aliis ver-

verbis idem declarans mentionem interpretatus eſt expreſſam. Non dubium, quin eum non eſſent iſta in textu Iuſtiniani, ideo adiecerint, quia ſine his ſuperiora incommoda videbant; his adiectis vitare ſtudebant. Quid ergo, his adiectis id aſſequimur? Sane vero aſſequimur. Sic enim intelligemus ſolas illas actiones in rem quas ante expreſſit, vindicationem rei corporalis, & de ſervitutibus confeſſoriam & negatoriam. Quibus acceptis omnia bene ſe habent. De his enim recte dicitur has deſcendere ex cauſſis legitimis & civilibus: deſcendunt enim re vera: quia iure civili non datur actio in rem; niſi rem ſuam vindicanti: §. *namque ſeq.* ſuperioribus autem actionibus rem noſtram petimus: vindicatione rem noſtram corporalem: confeſſoria ſervitutem noſtram: negatoria libertatem rei noſtræ. Sed & de his loquenti optime additur, & ſi quæ ſint ſimiles, quoniam ſuperioribus multum abeſt, ut contineantur omnes eæ quæ deſcendunt ſimiliter ex cauſſis civilibus. Sed verba Iuſtiniani obſtant: nihil enim amplius nominat, quam iſtas actiones quarum mentionem habuit: nec addit, actiones in rem, aut quarum mentionem expreſſam habuit. Et quidem ego putarem obſtare, ſi quid ad ſuperiorem ſententiam verbis deeſſet. Sed verba ipſa ſatis ſpecies iſtas expreſſas ſignificant, ut ad eas ſignificandas alia adiectione non ſit opus, niſi maioris expreſſionis cauſſa, ne quis ſit error. Verbum hoc, *iſtæ*, ad res certas, quæ alicubi ſunt, refertur, non ad genera, & res incertas, quæ nuſquam ſunt, aut ubi ſint, ignoratur. Eſt enim demonſtrativa particula, nec demonſtrantur niſi certa, & quæ certo loco ſunt: ut cum dicimus, iſtic, ſignificantes ubi tu es: & iſta veſtra, de iis quæ certa prius deſignata erant. Cum autem ſententiæ veritas hanc interpretationem exigat, eam, etſi res eſſet ambigua, ut vitio carentem accipere debemus. *L. in ambigua*, *D. de legib.* Hoc ſenſu de actionibus in perſonam his verbis non loquitur: quando earum actionum ſpeciem nullam ante expreſſit: ſed poſſunt contineri his quæ ſequuntur, & ſi quæ ſunt ſimiles.

IX. *Et ſi quæ ſunt ſimiles*. Quæ ſunt igitur aliæ iſtis ante expreſſis ſimiles? Ex actionibus in rem eæ, quæ præter iſtas rem noſtram petunt: ex actionibus in perſonam illæ, quæ eandem originem & eoſdem auctores iuris habent. Sunt autem præter ſuperiores & aliæ in rem huius generis: ut petitio hereditatis, per quam hereditatem noſtram petimus: nam & hæc deſcendit ex legitimis & civilibus cauſſis. *L. 1. 2. 3. D. de her. pet.* ut confeſſoria & negatoria de aliis ſervitutibus innumeris, quas ſupra non commemoravit. Actiones autem in perſonam quam plurimæ iiſdem auctoribus, & iiſdem partibus iuris proditæ. Quo fit, ut ſi ſuperiores iſtæ expreſſæ ex legitimis & civilibus cauſſis ſunt, ſint & hæ, quas dicimus ſimiles. Cavendum autem, ne dicamus cum Accurſio, ſimiles intelligi quæ ſunt ex contractu, vel quaſi contractu, ex delicto, vel quaſi delicto, & variis cauſſarum figuris: non enim hæ omnes ſunt ex legitimis cauſſis & civilibus: ſed pleræque ex iuriſdictione prætoris, ut poſtea declaratur. Itaque nec genere ſimiles ſunt ſuperioribus expreſſis, quia non ſunt in rem: nec origine, quæ eandem iuris originem & conſtitutionem non habent.

X. *Ex legitimis & civilibus cauſſis*. Legitimum proprie dicitur, quod eſt ex lege, id eſt, ea parte iuris, quæ proprie lex appellatur in diviſione iuris. §. *conſtat. ſupra de iur. nat.* coniugata enim lex & legitimum. Sed in uſu iuris latius accipi ſolet, ut ſit id omne, quod ſit ex aliqua parte iuris civilis, non tantum lege, ſed alia quavis legi ſimili, puta plebiſcitis, ſenatuſconſultis conſtitutionibus principum: ut legitima conventio dicta, etiam quæ ſenatuſconſulto adiuvatur. *L. Legitima*, *D. de pact.* legitima hereditas, quæ iure aliquo obvenit ab inteſtato: *L. 3. §. de illo*, *D. pro ſoc.* obvenit autem etiam ſenatuſconſultis, & conſtitutionibus. *L. 3. D. de her. pet.* legitima actio in *L. qui ſervandarum*, *§. ult. D. de præſ. ver.* eadem quæ civilis in *L. 1. D. eod.* Quod ex ſimilitudine iſtarum partium natum eſt: nam cæteræ partes iuris verbo leges non dicuntur: vi & poteſtate ſunt leges, quæ eandem cum lege poteſtatem obtinent. Unde & dicuntur conſtitutiones ſimiles legibus in §. *quos autem*, *ſupra de bon. poſſ.* Quo ſenſu legitimæ & civiles idem valent; cum iuris civilis verbo eaſdem iſtas partes ſignificamus. Et ita legitimas cauſſas hic accipi debere manifeſtum eſt. Ait enim actiones, quarum mentionem habuit, & ſi quæ ſunt ſimiles, deſcendere ex cauſſis legitimis ſimul & civilibus. At non omnes iſtæ actiones ſunt ex lege, ſed quædam ex aliis quoque partibus iuris. Legitimas igitur etiam quæ ſunt ex his partibus, intelligit. Eas enim, dicit, non quæ ſunt ex cauſſis legitimis, aut civilibus: ſed coniunctim quæ ſunt ex legitimis & civilibus.

XI.

XI. Civile autem quid dicitur, ut eſt ius civile unde naſcitur. Id interdum dicitur generaliter, ut contineat etiam ius prætorium, & in §. *conſtat, ſupra de iur. nat.* alias anguſtius, ut ſit id quod venit ex cæteris partibus, non etiam ex iure prætorio, ſiutque hæc duo genera iuris civilis; civile quod ſpecialiter ita dicitur, & prætorium. *L. ius autem, D. de iuſ. & iur.* Appellatio hinc nata, quod cæteræ partes per ſe & efficaciter ius faciunt, etiamſi alind non interpretentur, aut temperent. Ius prætorium magis illius iuris vox, id eſt, interpretatio eſt: *L. nam & D. de iuſt. & iur.* ſcilicet quia iuris eius adiuvandi, ſupplendi, corrigendi cauſſa eſt introductum, *d. L. ius autem, eod.* Totieſque ſic neceſſe eſt ius civile accipi, quoties, ut ſæpe, diſtinguitur a prætorio, ut *L. ſcio, D. de teſti. L. qui teſtamento, §. ſervus, D. qui teſ. fac. L. nec ex prætorio, D. de reg. iur.* Quo ex uſu poſteriore & nunc civiles dicuntur cauſſæ, quæ non ſunt ex iure prætorio, ſed ex aliis partibus iuris civilis: utpote quæ hic poſtea diſtinguuntur a prætoriis. Similiter ut actiones & obligationes civiles, cum dividuntur in civiles, & prætorias ſeu honorarias, *L. actionum*, in fin. *D. de ob. & act. §. 1. ſupra de oblig.*

XII. De cauſſis actionum loquitur hoc loco Iuſtinianus, non de actionibus: de quibus ſi ageretur, intelligeremus civiles actiones dici eodem modo, quo definiuntur civiles obligationes, quæ legibus conſtitutæ ſunt, aut certe iure civili comprobatæ. *§ 1. ſupra de obl.* Nunc ut dixi, de cauſſis actionum loquitur: de quibus commode idem dici poſſe prima facie non videtur. Nam plerarumque actionum in perſonam cauſſæ ſunt alienorum negotiorum adminiſtrationes malæ, delicta, quaſi delicta: quas res non modo non conſtituit aut probat ius civile, ſed etiam improbat, & ob id dat actionem, ut coerceantur, & quod inde abeſt, præſtetur. Sed non minus & de his licet idem dicere, civiles & legitimas cauſſas actionum eſſe, quæ lege & iure civili conſtitutæ ſunt ad agendum: conſtitutæ igitur non per ſe & ſimpliciter, ut ſane pleraque facta per ſe non conſtituuntur, ſed improbantur iure; ſed conſtitutæ ad agendum: id eſt, de quibus ius conſtituit, ut ex his factis tanquam iuſtis cauſſis ſit actio; & breviter, ex quibus ius actionem dedit. Actionis in rem iure civili cauſſa hæc eſt una, ſi quis rem ſuam vindicet: quia ex hac cauſſa ius dat actionem. §. *namque*, ſeq. Atqui poteſt dominium rei nobis acquiri iure gentium, ut æque ſit in rem actio. *L. in rem, D. de rei vind.* Sed nihilominus ius non dico idem dominium confirmat, quanquam confirmat: ſed hoc amplius ex eodem dominio dat actionem in rem *d. §. namque*. Recte igitur hæc cauſſa civilis, quam ius ad agendum conſtituit. Unde, recte dictum eſt, ſuperiores actiones in rem, quarum meminit, ex legitima & civili cauſſa eſſe. Actionum in perſonam cauſſæ civiles eædem, quæ & obligationum: hæ fere, contractus omnes, de quibus egit ſupra in argumento obligationum: quaſi contractus item omnes: in maleficiis damnum iniuria datum ex lege Aquilia; furtum nec manifeſtum ex lege duodecim tabularum. In his tamen pleraque facta improbantur legibus. Sed quod improbantur, hoc ipſum cauſſam præbuit legi, ut adverſus ea conſtitueretur actio. Qua ex his factis iure civili conſtituta, vere dixerimus iſta facta harum actionum legitimas & civiles actiones eſſe: proinde & actiones ex his cauſſis legitimis & civilibus deſcendere.

XIII. Quod ſi deſcriptio ſuperior vera eſt, ut ſit civilis actionum cauſſa, quam ius conſtituit ad agendum, & ex qua actionem dedit: nullæ ſunt ut Accurſius putavit, cauſſæ actionum civiles ex ea prudentum interpretatione, quæ initio iuris conſtituti appellata eſt ius civile; nullæ ex ea parte, quæ olim dicta eſt legis actiones; tametſi utraſque conſtat iuris civilis partes fuiſſe; *L. 2. §. his legibus, §. noviſſime, D. de ori. iur.* nullæ ex reſponſis prudentum, etsi hæc quoque inter partes iuris etiam nunc numerantur. §. *conſtat, ſupra de iuſ. & iur. L. ius autem, D. de iuſt. & iur.* Non ſane quod ſi ex his partibus actiones ullæ ob certas cauſſas datæ eſſent, non æque recte hæ cauſſæ dicerentur legitimæ & civiles, ut ſunt cauſſæ actionum ex cæteris iuris partibus; ſed quod ut ex his nullæ actiones dantur aut unquam datæ ſunt, vel dari poſſunt: ita nec inde ullæ agendi cauſſæ conſtitutæ: proinde nec inde ullæ actionum cauſſæ civiles ex ſuperiore definitione. Prudentum non eſt, aut unquam fuit actionem conſtituere ex aliqua cauſſa; ſed an data eſſet lege, interpretari, & eam quæ data erat, oſtendere. Unde eorum opera, & ea pars quæ appellabatur ius civile, dicebatur interpretatio prudentum, ſeu pars in prudentum interpretatione conſiſtens. *d. L. 2. §. his legibus*, & §. *noviſſime*. Ea autem pars quæ dicebatur legis actiones, etsi

tota

Digitized by Google

tota profecta erat a prudentibus: non tamen ideo ita dicebatur, quod in ea a prudentibus actiones datæ eſſent, ſed quod quæ a legibus prioribus datæ erant, eſſent compoſitæ, id eſt, certis formulis incluſæ, quibus cives inter ſe diſceptarent; ita ut ea pars non actionum conſtitutionem, ſed ex actionibus conſtitutis agendi formam contineret, ut aperte declaratur in *d. L. 2. §. his legibus*, verſ. *deinde:* & *d. §. noviſſime*, verſic. *igitur*, *de orig. iur.*

Quas prætor ex ſua iuriſdictione comparatas habet.

XIV. Quæ actiones & obligationes a prætore proficiſcuntur, eas prætor ex ſua iuriſdictione conſtituit, ut eſt in §. 1. *ſupra de obl.* Conſtituendo comparat, id eſt, facit, ut ſint paratæ iis, quibus proponuntur. Ait, *ex ſua iuriſdictione*. Atqui actiones prætor ex edictis ſuis comparatas habet. Proponebant enim edicta prætores: *L. 2. §. eodem tempore, D. de ori. iur.* atque his edictis actiones, quas pollicebantur ſe cuique uti quæque res erat daturos, ut exemplo ſunt edicta omnia, quæ exſtant in Pandectis ad actionem aliquam pertinentia. Quomodo igitur actiones aut obligationes prætoriæ ex iuriſdictione? quia edicta iuriſdictionis prætoriæ pars erant. Quia ergo ex edictis, ideo ex iuriſdictione; cum & edicta ipſa eſſent iuriſdictionis.

XV. Nam iuriſdictio eſt iuris dicendi poteſtas. Hæc poteſtas in prætoribus duabus in rebus ſita erat; in iure publice proponendo, ac velut conſtituendo; quod fiebat edictis: & in iure conſtituto privatis reddendo. *d. L. 2. §. eodem, de ori. iur.* Utroque modo ius dicere recte dicebatur prætor. Illic publice civibus univerſis: hic privatim ſingulis poſtulantibus. Nam & cum ius proponitur publice, iam multo ante quam uſus veniat, dicitur ius: dicitur enim civibus, quod ius prætor de re quaque dicturus ſit, ut ſciant cives, & ſe præmuniant: qui finis edictorum erat, ut eſt in *d. L. 2. §. eodem.*

XVI. Prætorias actiones hic tantum nominat; ædilicias omiſit: ut in diviſione hac civilium & prætoriarum actionum videri poſſint quædam omiſſæ, quæ nec civiles ſint, nec prætoriæ: non ſine manifeſto vitio diviſionis. Nam & ædiliciæ actiones quædam ſunt, edicto ædilium comparatæ de rebus morboſis, vitioſiſve venditis, redhibitoria & quanto minoris emptor empturus eſſet. *L. 1. L. ſciendum, §. ult. D. de æd. ed.* Atque has conſtat nec civiles eſſe, nec ex civilibus cauſſis: & quidem multo minus quam prætorias: quoniam minor poteſtas ædilium fuit in edictis proponendis, quam prætorum. §. *prætorum, ſupra de iur. nat.* Sed non tantum hoc loco, verum in aliis quoque ſimilium rerum diviſionibus obſervare poſſumus idem admiſſum eſſe a veteribus, ut ubique contenti fuerint prætorias dicere, ubi tamen ædiliciæ in eadem cauſſa haberentur. Ut in diviſione obligationum in §. 1. *ſupra de obl.* quæ plane eadem eſt, quæ & hic actionum: item in diviſione ſtipulationum: *ſupra de diviſ. ſtip.* Neque tamen aut hic aut illic quidquam a veteribus peccatum eſt. Reſpondet enim Pomponius, & cum hoc Iuſtinianus in *L. 5. D. de verb. obl. ſupra de diviſ. ſtip. §. prætoriæ.* Prætorias ſive ſtipulationes, ſive obligationes, ſive actiones, ſic audiri oportere; ut in his contineantur etiam ædiliciæ: quoniam & hæ ab iuriſdictione veniunt. Quo non ſignificatur ædilicias eſſe prætorias: ſed ex prætoriarum verbo etiam ædilicias intelligi propter ſimilitudinem: quia ſunt ex eadem iuriſdictione: ut ſic quodammodo ex parte præcipua iuris honorarii, totum ipſum ius honorarium intelligatur: quod pluribus expoſui ad *d. L. 5. D. de verb. oblig.*

XVII. Illud in definitione prætoriarum tum obligationum, tum actionum diligenter notandum eſt, quod prætoriæ dicuntur, quæ conſtitutæ ſunt, & comparatæ ex iuriſdictione prætoris, & hic & in §. 1. *ſupra de obl.* aliter atque obligationes & actiones civiles, quæ in *d. §. 1. de obl.* definiuntur, non ſolum quæ ſunt conſtitutæ legibus, ſed etiam quæ iure certo civili comprobatæ. Et ita res habet. Quæ conventiones iure gentium obligationem & actionem pariunt, ut emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, commodatum, depoſitum, & ſimiles earum obligationes & actiones etſi naſcuntur a iure gentium: tamen iure civili comprobatæ & admiſſæ fiunt civiles, & ita appellantur in uſu iuris. *L. iuris gentium, D. de pact. L. in commodato, §. ſicut, D. com.* Sic & in rem actio ex iure civili eſt, ſi quis rem ſuam vindicet: §. *namque, ſeq.* tametſi poteſt res actoris eſſe iure gentium, ex quo & ius rei perſequendæ. *L. in rem, D. de rei vind.* Sed ius civile actionem in eandem rem admittendo ſuam fecit. Non eadem conditio prætoriarium. Solæ ſunt prætoriæ,

quæ

Digitized by Google

quæ proficiſcuntur ex iuriſdictione & edicto prætoris. Quod ſi quæ ſint iure civili conſtitutæ aut admiſſæ, ut civiles ſint, non ideo fiunt prætoriæ, etſi edicto prætoris erunt propoſitæ. Exemplo eſt actio commodati, quæ propoſita edicto monitorio, quod extat in *L. 1. D. com.* nihilominus eſt civilis. *d. L. in commodato, §. ſicut D. eod.* Differentiæ ratio eſt in auctoritate utriuſque iuris, civilis & prætorii. Ius civile obligationes & actiones iuris gentium comprobando ſimul etiam conſtituere & inducere in civitatem videtur: quia alioqui ſine huius iuris auctoritate, & non admiſſæ nos non tenerent; potuit enim non admittere. At prætor eas quæ ante ex iure civili erant, edictis ſuis pollicendo, nequaquam easdem conſtituere, aut etiam magis confirmare intelligitur: quando & hæ ſine auctoritate prætoris eædem futuræ eſſent. Legis enim auctoritate valent, in qua conſtituendi iuris poteſtas eſt; non valent auctoritate prætoris, qui nihil niſi huius iuris viva vox eſt. *L. non & ipſum, D. de iuſt. & iur.* Quorſum ergo eaſdem actiones edictis proponere? ut fieret id, cuius cauſſa maxime edicta comparata erant, ut monerentur edicto cives, & ut eſt in *d. L. 2. §. eodem D. de ori. iur.* ut ſcirent cives, quod ius de re quaque dicturus eſſet prætor, & ſe præmunirent.

XVIII. Nec mutatur hæc ſententia in actione noxali, quæ ex noxa ſervi datur adverſus eum, qui eum ſervum deſiit dolo poſſidere; de quo tamen iuſta dubitatio eſt. Hanc prætoriam eſſe ſcriptum eſt in *L. electio, §. item ſi ex pluribus, D. de nox. act.* & hoc quia ex hac cauſſa actionem prætor in eum qui poſſidere deſiit, nominatim edicto propoſuit. At eadem prius ex iure civili eſſe videri poteſt. Nam iure civili & directo dari conſtat adverſus eum, qui ſervum in poteſtate habet, poſſidet: ut adverſus hunc ſine dubio ſit iuris civilis actio. *d. L. electio, §. item ſi ex. L. ſi plurium, D. eod.* An non ergo & civilis, atque ex hoc ipſo iure in eundem, si dolo malo poſsidere desiit? quod regulæ iuris conſequens eſt, qua efficitur dolum pro poſſeſſore haberi. *L. qui dolo. L. parem, D. de reg. iur.* Et hoc admisit Accursius in *d. L. electio, §. item ſi ex.* ac ne videantur hæc contraria, ita conciliat, ut dicat origine civilem eſſe; quod & hic tuetur; ſed per extensionem dici prætoriam. Quod verum non eſt. Adverſus eum, qui dolo poſſidere deſiit, vere prætoria eſt; quia in hunc caſum inducta eſt ſolum a prætore: in eum caſum ius civile actionem non dedit; certe non ita dedit, ut de eo ſatis poſſet conſtare. Nihil ad rem pertinet, quod actio noxalis iure civili certo datur adverſus eum, qui ſervum poſſidet: & dolus pro poſſeſſore habetur. Hoc enim poſterius non ex verbis eſt, ut apparet; ſed quia ſententia legis ad hunc quoque caſum porrigitur. Hæc interpretatio non ſtatim fuit in hac ſpecie iuris admittenda. Quod enim actio ex noxa ſervi datur adverſus poſſidentem, odio delicti comparatum eſt: odia autem interpretatione non ſunt adiuvanda. *L. cum quidam, D. de lib. & poſt.* Aut si ius ad hanc quoque ſpeciem porrigi placet, neceſſe fuit id iuriſdictione ſuppleri, & certo induci: quod hic factum eſt a prætore, ut & faciendum eſſe docemur in *L. nam ut ait, D. de legib.* ut proinde inductio sit prætoris, non iuris civilis.

XIX. *Neceſſarium eſt exemplis oſtendere.* Neceſſarium non abſolute, ſed cum adiuncto, si velimus, hoc quod diximus, recte intelligi. *Plerumque ita permittit prætor agere.* Plerumque dicit, quia non omni ei, qui dominus non eſt, ita permittit; ſed ſoli ei, in quem concurrunt ea, quæ pro cauſſa huius actionis exigit, quæ ſane non ſemper concurrunt. *Ut vel actor dicat ſe quaſi uſucepiſſe:* quam intentionem eſse dicit Publicianæ in *§. namque, ſeq.* quam recte, ibi opportunius dicetur. *Vel ex diverſo poſſeſſor*; quod pertinet ad reſciſsoriam actionem, de qua in *§. rurſus*, ubi vere dicit actor adverſarium ſuum non uſucepiſse, quod uſucepit, dum intelligitur non uſucepiſſe iure prætorio, quod uſucepit iure civili: quia iuris civilis uſucapio iure prætorio infirmatur.

XX. Illud, *poſſeſſor*, quod legitur in omnibus exemplaribus vulgaribus, quomodo & Accursius sine ulla ſignificatione variantis ſcripturæ legit, vitioſum videtur: ut dicatur is poſſeſſor agere, & dicere adverſarium ſuum non uſucepiſſe: nam de actore in utroque exemplo hic agitur. Et ſane nihil vitioſius, nec magis falſum, ſi poſſeſſorem eum accipimus, qui nunc poſſidet: cum poſſeſſori nunquam ultro actio detur. *L. 1. §. pen. D. uti poſ.* Sed nihil vetat poſſeſſorem hic intelligi, ut Accurſius interpretatur, veterem poſſeſſorem, id eſt, eum qui ante fuit poſſeſſor; ut dicitur inſula, quæ ante fuit inſula: *L. inſula, D. de acq. rer. do.* tutor poſt pubertatem, qui ante fuit tutor, *L. ſi tutor, L. ſi poſt, D. de tut. & rat.*

& rat. diſt. Nec mirum a Iuſtiniano ita hic poſseſsorem appellari: nam & in §. *rurſus*, paulo poſt ſequenti idem dominum vocat, qui nunc dominus non eſt, ſed qui aliquando fuit. Alii malunt, *poſſeſſorem*, hoc ſenſu, ut ex diverſo actor dicat poſseſsorem eundemque adverſarium ſuum non uſucepiſse: quomodo & in quibuſdam exemplaribus veteribus legitur, & Theophilus locum ſic vertit, ut ſic quoque videatur legiſse, qui adverſarium iſtum poſseſsorem facit. Vera ſententia citra controverſiam: ſed & vera prior, quæ idem exprimit: ut propter ſententiam nihil interſit, utro modo legatur. Si de commoditate ſcripturæ quæritur; melius feciſset omnino Iuſtinianus, ſi omiſiſset utrumque hoc verbum, *poſſeſſor*, vel *poſſeſſorem*, & ita ſcripſiſset: si vel actor dicat prius illud: vel ex diverſo dicat adverſarium ſuum uſucepiſse. Ut illud actor poſitum initio orationis diſiunctivæ, ad utrumque membrum eius orationis, & utrumque verbum, dicat, referretur: ſic enim omni vitio & obſcuritate careret oratio. Addito autem alterutro, vel *poſſeſſor*, vel *poſſeſſorem*, difficile eſt ſtatuere utrum ad commoditatem orationis ſit melius. Obſcurius eſt paulo illud *poſſeſſor*, ut poſseſsorem interpretemur, qui olim poſseſsor fuit: ſed tamen ex verbo actoris ſatis explicatur; cum iure non poſſit agere, qui nunc poſſidet. Quod ſi legimus *poſſeſſorem*, habebit oratio ſua quoque vitia, & fortaſse maiora. Nam & hic traiectio eſt verborum inelegans & inepte affectata; poſseſsorem dicat adverſarium ſuum uſucepiſse, pro dicat poſseſorem eundemque adverſarium ſuum uſucepiſse. Deinde illud, adverſarium ſuum, accipere oportebit dictum per appoſitionem, ut ſit, poſseſsorem qui adverſarius ſuus eſt: qua figura loquendi haud temere quiſquam reperiet noſtros unquam uſos fuiſſe: ut quæ orationem reddat obſcuriorem, non neceſsaria in prorſa oratione iis, qui perſpicue & intelligenter loqui velint. Quod cum ita ſit, nolim contendere: ſed tamen in pari incommodo malim veterem & uſitatam lectionem retinere propter auctoritatem, & fidem.

Namque ſi cui.

§. IV.

Publiciana qua ex cauſſa. I.
Publiciana etiam de ſervitutibus. II.
Publiciana non de his rebus, quarum alienatio & uſucapio eſt interdicta. III.
Publiciana non omnium rerum traditionem exigit. IV.
Cauſſa iuſta, quæ; & quæ in Publiciana accipienda. V.
Publicianam etiam iuſta cauſſa nulla præcedente, interdum competere. VI.
Bona fides ad Publicianam neceſſaria, & quando hanc intervenire oporteat. VII.
Publiciana non domino competit. VIII.
Publiciana poſſeſſione caſu amiſſa competit; & quis hic caſus intelligendus ſit. IX.
Publicianæ inducendæ ratio atque æquitas. X. & XIV.
Directa actio in rem, civilis; Publiciana utilis, & ita vocatur. XI.
Vindicare dominium recte dicitur. XII.
Durum, iniquum, & cur. XIII.
Publicianæ intentio, qua actor dicit ſe uſucepiſſe, quomodo accipienda. XIV.
Publiciana adverſus poſſeſſorem, non tamen adverſus dominum rei: præterquam certis caſibus, & quibus. XV.

Namque ſi cui ex iuſta cauſſa res aliqua tradita fuerit (veluti ex cauſſa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum eius rei dominus effectus eſt: ſi eius rei poſſeſſionem caſu amiſerit, nullam habet in rem directam actionem ad eam perſequendam: quippe ita proditæ ſunt iure civili actiones, ut quis dominium ſuum vindicet. Sed quia ſane durum erat, eo caſu deficere actionem, inventa eſt a prætore actio, in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe uſucepiſſe, quam uſu non cepit, & ita vindicat ſuam eſſe: quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio prætore in edicto propoſita eſt.

I PRoponitur hic Publiciana in rem actio. De qua Iuſtinianus hæc diſtincte complectitur, Qua ex cauſſa cui competat; A quo inducta, & quæ fuerit cauſſa eius introducendæ, Quid in ea actor intendat; Cur Publiciana appelletur. Quintum prætermiſſum, præcipue hic notandum tamen, adverſus quem hæc actio competat. Singula breviter attingemus. Propoſita eſt hæc actio certa ex cauſſa. In ea inſunt hæc omnia: ſi cui res aliqua tradita erit; ſi tradita ex iuſta cauſſa; ſi bona fide accipienti; & ſi forte ex cauſſa emptionis, ſi tradita erit bona fide ementi, accipientique; ſi is necdum eius rei dominus effectus erit: poſtremo ſi eius rei poſſeſſionem caſu amiſerit. Ex quibus cætera omnia hic initio comprehenſa: ſolum omiſſum quod ad bonam fidem ementis, accipientiſque pertinet. Nos ſingula eodem ordine exſequemur.

II. *Si res aliqua:* nempe aliena, ut eſt in edicto. *L. 1. D. eod.* ſed non fuit neceſſe hic addi, quia id poſtea ſatis indicatur illis verbis, & *necdum eius rei dominus effectus eſt:* quod non aliter contingit, quam ſi is qui tradebat, dominus non fuit; alioqui traditione ſtatim dominus efficeretur, qui accipit. §. *per traditionem, ſupra de rer. diviſ.* Quæ res ſit, nihil intereſt; ſi tamen *tradita erit*. Traduntur proprie res corporales, eædem quæ tangi & prehendi poſſunt. Quæ res facit, ut incorporalium, puta ſervitutum, nulla proprie traditio ſit, uti nec poſſeſſio: *L. ult. D. de ſervit.* ut verba ſi præfracte ſequimur, nec de ſervitutibus conſtituta ſit Publiciana. Sed traditionem hic accipimus latius, quidquid eiuſmodi eſt, ut pro traditione habeatur iure, etſi ſubtiliter non ſit traditio natura. Eiuſmodi traditio eſt in ſervitutibus uſus eius iuris, & domini ſervitutem conſtituentis patientia. *d. L. ult. de ſervit.* Quapropter & ſervitutes ad hoc edictum pertinebunt, ut ſi forte uſusfructus, aut alia ſervitus conſtituta erit iſto modo ab eo, dominus prædii non erat, de ſervitute Publiciana competat. *L. ſi ego. §. 1. D. de publ.*

III.

III. Plane ſi quæ ſit res, cuius alienatio ſit interdicta, nec de ea Publiciana competet, quanvis ex iuſta cauſſa tradita fuerit, *L. cum ſponſus*, *§. pen. D. eod.* De his enim rebus edictum loquitur, quæ uſucapi poſſunt, & nondum uſucaptæ petuntur. Quarum autem rerum alienatio non eſt, earum nec [1] uſucapio eſt. *L. ſi fundum*, *D. de fun. dot.* Diverſum eſt, ſi res non prohibeatur lege alienari, ſed ideo uſucapi non poſſit, quia non poſſideatur adverſus dominum: ut accidit in prædiis vectigalibus & ſuperficiariis, quæ [2] poſſidentur adverſus eos qui ius vectigale, aut ſuperficiarium habent, non adverſus dominos ipſos, quibus penſio annua debetur, & ſolvitur. Hæc ſi bona fide tradita ſint ab eo, qui tradendi ius non habuit, Publiciana competet. *d. L. ſponſus*, *§. in vectigalibus*, *D. eod.*

IV. *Tradita fuerit*, Traditionem exigit, ut & edicto expreſſum eſt. *L. 1. L. 7. §. pen. & ult. D. eod.* Sed notandum hoc ad eas tantum ſpecies pertinere, in quibus ad dominium acquirendum traditione opus eſt. Cæterum quibus ex cauſſis dominium transfertur ſine traditione voluntate domini; ex iiſdem [3] cauſſis ſi res tranſlata erit voluntate eius, qui dominus putabatur, Publiciana dabitur: ut,

1) Regula enim *L. 9. §. 5. h. t.* de his accipienda ut in exemplis eiuſdem §. vid. Uſill. *ad §. 4. I. de act. n.* 67. Vult. *ibid. n.* 23.

2) Recte. Nam & hic licet emphyteuta & ſuperficiarius in præiudicium civitatis vel municipii, aut qui id ius conſtituerunt, (vulgo domini directi,) tempora non acquirat: Nil tamen impedit, quin poſſeſſor rei emphyteuticæ vel ſuperficiei contra eum, qui id ius conſtitutum habet, uſucapiat, Azo *in Summa ad Tit. I. de act.* n. 15. Vital. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 6. Hot. *Diſp. feud.* C. 20. Kitterhuſ. *Partit. feudal. Lib.* 1. C. 58. §. 51. Quomodo & Ræv. 1. *Var.* 5. conciliat *d. L.* 12. §. 2. cum *L.* 15. §. 27. *de dam. inf.* quod nempe horum prædiorum proprietas populi vel municipum maneat *d.* §. 2. uſus tamen & fructus longo tempore acquiratur *d.* §. 27. Cuiac. autem *in Paulo ad d. L.* 12. §. 2. regulam *L.* 9. §. 5. latius accipit; quaſi dicat, quæ nec uſucapi nec longo tempore quæri poſſunt. In *d.* §. 2. non uſucapi vectigalia ſcilicet ſtricte; olim in mobilibus biennio, acquiri autem longo tempore *d.* §. 27. prædia etiam vectigalia, ſive tributaria ſint, ſive ſtipendiaria. Ant. vero Faber 64. *Err. Prag.* 1. loqui vult IC *d.* §. 2. de prædiis quæ vere vectigalia quidem, ſed quæ empta non tanquam vectigalia, ſed tanquam propria venditoris, cui tamen ea ceu vectigalia conceſſa. Hoc, ait, denotant verba: *ſi forte bona fide mihi tradita*, id eſt, ſi empta traditaque acceperim, ignorans eſſe vectigalia, ubi uſucapio quidem impeditur, non ob defectum bonæ fidei, ſed rerum qualitatem, quæ uſucapi nequeunt ſua conditione, niſi municipum negligentia cauſſam det uſucapioni, ut *d.* §. 27. Aſt Publiciana datur, quia ratio, quæ uſucapioni obſiſtit, hic ceſſat. Non enim vitio poſſidentis, odiove eius inhibetur uſucapio; ſed ſolo favore civitatis, quam periclitari non oportet ex facto & negligentia conductoris, ſi is vel vendiderit, vel ab alio poſſidere paſſus fuerit, annua tamen canonis præſtatione non omiſſa. Nam ſi omiſſa ea, negligentia municipum in exigendo vectigali lis imputatur *d.* §. 27. Ita Faber. Qui & in hoc differre vectigalem ab emphyteuta ſentit, quod ille libere vendat, nec res ab eo auferri poſſit, quandiu vectigal ſive ab ipſo ſive ab emptore penditur. Sed hæc alterius loci, illa tuo iudicio relinquo, ipſe non nimium ei tribuens. Equidem quod e diverſo ſentit Faber 64. *Err. Prag.* 3. ſi quis emerit fundum tanquam vectigalem, nec Publicianam dari, neque etiam actionem de fundo vectigali, eo quod hic non ſit vectigalis, probari non poteſt. Ita namque emptorem bonæ fidei omne remedium deſtitueret, quod durum eſt. Et quidni detur Publiciana non ad fundum, ſed ad ius fundi: ſeu ut is petatur, non perinde ac ſi ceu proprium uſuceperit actor, ſed ceu vectigalem. In ſuperficie quoque Publicianæ locus *d. L.* 9. §. 3. Atqui nunquam dicitur ſine ſolo capi poſſe *L.* 26. *L.* 39. *de uſucap.* & nec ſuperficiei dominus eſt ſuperficiarius ut *ſupra Lib.* 9. C. 17. n. 10. Hortenſ. *ad L.* 13. §. 3. *de pignor.* vult imo uſucapi poſſe per *d. L.* 12. §. 3. Et intelligit *d. L.* 26. cum Accurſio de ſuperficie dominio iuncta ac cum eo confuſa, non de ſeparata & alii conſtituta. Rem non expedit A. Fab. *d. Err.* 3. etſi ſuperficiarii uſucapioni mera iuris ratio obſiſtat, quia tamen idem favor bonæ fidei poſſeſſoris, ideo & hic Publicianam dari, ſi quis emat rem ſuperficiariam a non domino, quem dominum putabat. Quod ſi ab illo emerit quem ſuperficiarium credebat, bona fide, cum non eſſet, Publicianæ locum eſſe negat. Quia non poteſt eſſe, ut, quod bona fides in uſucapione requirit, ſe dominum credat, qui putat auctorem ſuperficiarium, qui nec dominus eſt, nec eſſe poteſt quandiu talis. Verum puto probabiliter dici, quod & tunc ſi a ſuperficiario, quem eſſe putabat ſuperficiem quis emerit, uſu longi temporis quaſi dominium ſeu ius ſuperficiei acquiratur, ſaltem adverſus verum ſuperficiarium, & in eius præiudicium, Vital. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 6. (ut ita *d. L.* 26. exaudiatur de uſucapione ſuperficiei contra dominum ſoli, qui ſuperficiem alteri conſtituit.) Ergo & eidem ſi tempora nondum impleta, Publiciana datur ad vindicandam non rem aut ſolum, ſed ſuperficiem, ſeu ad rem ceu ſuperficiariam.

3) Etſi enim vulgo eaſdem hic, quas ad uſucapionem perficiendam, conditiones requirant. Unde quinque huius actionis requiſita referunt, de quibus Sneidvin. *ad* §. 3. *junct. ſeq. I. de act.* n. 35. *& ſeqq.* Nicol. Carbon. *Practica Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 1. *& n.* 4. Quomodo & Hot. in *Epitom. D. h. t. n.* 3. Tria hic, ait, concurrant oportet: Traditio ex iuſta cauſſa, bona fides & uſucapionis initium, quanvis momentaneum *L.* 12 §. *ult. h. t.* Traditionem autem etiam fictam ſufficere tradunt *L.* 9. §. 1. *&* 2. *h. t.* Mynſ. *ad* §. 4. *I. h. t. n.* 55. Hinc & ex conſtituto poſſeſſorio hanc actionem dari volunt Tiraq. *de iure conſtit. poſſeſſ. P.* 1. *n.* 16. Recte tamen Weſ. *ad Rub. C. de R. V. n.* 14. quod hæc actio ad traditionem & uſucapionem reſtringenda non ſit. Cum & iis, qui ex alia cauſſa poſſident, detur, ut *L.* 7. §. 7. *hoc tit. L.* 18. §. 5. *de dam. inf.* Hinc Ulpianus *L.* 1. §. *ult. h tit.* quæſtionem movit cur traditionis ſolum & uſucapionis edicto mentio facta. Cui eum reſpondiſſe probabile eſt. Sed reſponſionem illam non habemus, quia nec integra Iuriſconſultorum reſponſa, vid. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *in defenſ. rei ſub fin.* Immo edicto ſolius emptionis factam fuiſſe mentionem, colligit Cuiac. *in Paulo ad L.* 2. *h. t.* ex *L.* 3. *L.* 7. §. 11 *& L.* 8. *h. t.* ad alias tamen cauſſas porrectum *L.* 2. *& ſeqq. h. t.* Ex quacunque igitur cauſſa dominium citra traditionem & poſſeſſionem acquiritur, ut rei vindicatio detur, ex iiſdem etiam citra eandem cauſſa dominii, & ius dominio finitimum, quod Publicianam parit, vid. Oldend. *d. Act.* 3. *in Practica n.* 3. Vital. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 7. Mynſ *ad* §. 4. *I. h. tit. n.* 33. qui tamen ſibi contrarius fere dum *n* 55. apprehenſionem tamen poſſeſſionis ſine vitio exigit. Cauſſa dico dominii ſeu titulus. Neque enim ea ſemper poſſeſſioni cohæret, ſed ſæpe præcedit, & abſcedente poſſeſſione manet. Quare legatario, ex. gr. liberum erit an rem legatam, ſi forte ab alio teneatur, civili an hac prætoria actione petere velit, etſi nunquam antea poſſederit per *d. L.* 12. §. 1. *& regulam L.* 7. §. 8. *h t.* & fac *L.* 15. *h. t.* Quid enim ſi non conſultum ſit rei vindicatione experiri; ſi nec expedita probatio dominii defuncti ſit legatario. Non enim audiendi qui in caſibus his poſſeſſione nunquam apprehenſa, Publicianam non poſſe intentari ex perſona agentis, ſed ex auctoris, ſentiunt & *d.* §. 1. ita exaudiunt ſi & defuncto fuerit ius exercendæ Publicianæ, & poſt mortem eius poſſeſſio ad tertium venerit, hereſque vel legatarius ex perſona teſtatoris experiatur, Sneidv. *ad d.* §. 3. n. 3. *&* 7. Menoch. *Adipiſc. poſſeſſ. Remed.* 4. *n.* 601. *& ſeq.* Quod facile refellitur. Nam (1) *d. L.* 12. §. 1. indefinite concepta, tot ſubauditiones non admittit,

ſi res legata ſit ab en qui dominus non erat. Exemplo eſt is, cui ex Trebelliano hereditas reſtituta eſt. Quem placet etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem, uti poſſe Publiciana. *L. cum, ſponſus*, *§. is cui*, *D. eod.* nempe ideo, quod reſtituta hereditate, omnia iura in fideicommiſſarium tranſeunt. *L. 1. D. ad Treb. §. reſtituta*, *ſupra de fid. her.*

V. *Ex iuſta cauſſa:* Iuſta cauſſa dici poteſt omnis ratio iuſta obtinendæ alicuius rei, ſive quis rem ut ſuam poſſideat, & ex dominii cauſſa, ſive ut alienam, dum a volente poſſeſſore accipit ſibi habendi & poſſidendi cauſſa, ut ex cauſſa pignoris, aut precario traditam. *L. quæcunque*, *D. de publ. L. communi*, *§. ſi duo*, *D. com. divi.* Et in ſumma, iuſta cauſſa cum generaliter dicitur, tam poſſeſſionis ſolius cauſſa ſine opinione dominii intelligi poteſt, quam dominii acquirendi cauſſa. Sed in hac actione, & hac parte iuris iuſtam cauſſam tantum intelligimus eam, ex qua dominium acquiritur, ſi dominus ſit qui tradit: non etiam qua acquiritur tantum iuſta poſſeſſio: ut declaratur in *d. L. quæcunque, de publ.* Quod acceptum eſt ex eo, quod ſequitur in edicto, *& nondum uſucaptum petet. L. 1. D. eod.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea cauſſa ſit, ut uſucapi quidem poſſit; nondum tamen uſucaptum petatur. Non poteſt autem res uſucapi, niſi ex iis cauſſis quæſita, ex quibus dominium transferretur, ſi dominus eſſet, qui tradit. *L. clavibus*, *D. de contr. empt. tit. de uſuc.* in princ. *ſupra*. Dum autem ſit eiuſmodi aliqua cauſſa, nihil retulerit, quæ ſit [4] emptione, an donatio, aut dos, aut legatum, & ſimiles, ut hic de his exempli cauſſa comprehenſum eſt. Cauſſæ pluribus indicatæ in *L. 1.* & aliquot ſequentibus, *D. de publician. in rem act.* Nulla ergo cauſſa ex his præcedente ceſſat Publiciana.

VI. Quid tamen ſi quis errore facti iuſtam cauſſam ſubeſſe putet, quæ non eſt, veluti ſi emerit a furioſo, quem ignoret furere? Emptionem non valere conſtat. *L. in negotiis*, *D. de reg. iur.* Placuit tamen emptorem poſſe uſucapere. *L. 2. §. ſi a furioſo*, *D. pro empt.* An ergo & Publiciana dabitur? hic quidam loci diffidere videntur. Nam in *L. 7. §. Marcellus*, *D. de publician. in rem act.* traditur ſimul hæc cedere, ut quia emptor poteſt uſucapere, etiam publicianam habeat in hac ipſa ſpecie. In eadem ſpecie Paulus admittit uſucapionem utilitatis cauſſa: Publicianam competere negat, uti & actionem de evictione. *L. 2. §. ſi a furioſo. D. pro empt.* Et probo Accurſii [5] diſtinctionem ultimam, quæ eſt in *d. L.*

ſcitumque eſt ne diſtinctionem lege ipſa non proditam nos comminiſcamur: (2) Acceſſionibus poſſeſſionis ad uſucapionem implendam ex perſona auctoria nos uti non inconcinne dicemus. Aſt quod heres, vel legatarius actionem ullam ex perſona defuncti exerceat vix apposite dicetur. Ex perſona alterius agit, cuius actio non eſt propria. At cuiuſnam magis quam heredis, univerſi iuris ſucceſſoris. Experitur ſane Publiciana iure hereditario, quia hic ipſi titulus, hæc cauſſa cui ius agendi innititur (remota ſcilicet quomodo ex. gr. dominium vindicanti cauſſa eſt titulus empti a domino habitus.) Aſt non magis ex perſona defuncti agit heres, vel legatarius quam emptor, qui rem traditam accepit, ex perſona venditoris. Tametſi uterque bona fide ſui auctoris adiuvetur, ut *infra N.* 6. Quare & ad ſimilia hoc ius *d. §. 1.* trahemus. Veluti: Sicuti Eccleſia rem ſibi donatam vindicare poteſt, quam nec unquam poſſedit per ea quæ *ſupra Lib. 5. C. 2. n. 9.* ita eandem Publiciana petere, ſi ambigat anne auctor ſuus dominus fuerit, aut ſi vere fuerit quidem, ſed id probatu non expeditum. Certe ita ſtatui oportet; alioqui ius dominii citra poſſeſſionem acquirendi inane erit. Quis enim effectus erit, aut cui bono iſta conſtituta, niſi ut ita dominus effectus rem abſentem recte perſequatur. Atqui, quæ difficultas eſt dominium auctoris probandi, abſque hoc prætorio ſubſidio foret, rariſſime quia petitorio vinceret. Old. *Cl. 3. Act. 3. initio.* Aut nullus itaque aut perrarus uſus eſſet ipſius iuris. Ceſſo plura etſi ſuppetant. Satis hæc, opinor, ita contra pleroſque adſtructa.

4) Etſi ſervus, tutor, procurator emerint traditumque acceperint *L. 7. §. 10. L. 19. §. ult. h.* ac etſi ſervus non peculiari nomine *L. 10. h. t.* ad quod vid. Cuiac. *in Paulo ad L. 2. h. t.* item etſi in fuga ſit, ut poſſeſſionem per eum nactus non ſit dominus *L. 15. h.* ſi ſcilicet ſervus domino acquiri noluerit, ut accipit Zaſ. *ad L. 1. §. 14. de acquir. poſſ. n. 5.* nec alias adverſatur in eo *d. §. 4.* Et hic quoque caſus, quo qui nunquam poſſedit, Publiciana experitur, eoque firmantur tradita *N. præced.*

5) Vera hæc diſtinctio Accurſii *ad d. L. 7. §. 2.* Quam firmat noſter *ad d. §. 4. I. de act. n. 6.* Quia *d. §. 16.* iungitur Publiciana actioni de evictione. Hæc autem non adverſus alium intelligi poteſt quam ipſum furioſum, qui vendidit. Deinde ſi utilitatis cauſſa recepta uſucapio *d. §. 16.* quæ dominium aufert: magis Publiciana nihil auferens domino, ſed extraneis poſſeſſoribus alienam. Et Rob. 2. *Relect.* 10. *&* 2. *Animav.* 27. *ac* 2. *notat. ad Mercat.* 27. hæc comprobat per *§. ſeq. 3. d. L. 7.* verbis: *quæ etiam adverſus donatorem*. Ergo, ait, ſpecies *§. præced.* de Publiciana contra alium, non contra auctorem, &c. Plane Cuiac *ad d. L. 2. §. 16. Pro emptore* verba eiuſdem *§. nec Publiciana competit*, ceu mendoſa reſecat, notatus a Rob. *dd. locis* & Ciſnero *ad L. 3. de Uſucap. n.* 17. & A. Fabro 1. *Conject.* 18. Ipſeque Cuiac. 16. *Obſerv.* 29. ſententiam ſuam quaſi retractat, agnoſcens ea verba, quæ & *in Baſil. Lib.* 50. *Tit.* 4. haberi teſtatur, Et id omne quod *d. §. 16.* habetur, de ſummo iure accipit, quo ipſo uſucapionem ſequi verum ſit. Atque ita inter ius ſtrictum *d. §. 16.* & æquitatem *d. §. 2.* diſtinguunt Duar. *ad Tit. D. de Uſucap. Cap.* 2. Ciſner. *ad d. L. 3. n.* 18. Bronch. 4. *Aſſ.* 10. Quod merito refellit Robert. 2. *Animadv.* 27. *&* 2. *notar.* 27. Sicuti nec audiendi qui diſſenſionem Iuriſconſultorum agnoſcunt Pac. 7. *Enant. Q.* 3. (qui tamen ex mente Iuſtiniani inter ius ſtrictum & benignum æque diſtinguendum cenſet) & A. Fab. 1. *Coniect.* 18. Tanquam Paulus *d. §. 16.* rationi Ulpiani *d. §. 2.* reſpondeat in verbis *utilitatis cauſſa* hoc ſenſu: Quod ſic receptum, non eſt protrahendum *L. 14. de LL.* Non enim, ait, uti uſucapionem adiuvat favor publicus, ita & Publicianam, ſed privata tantum utilitas, propter quam a iuris regula non receditur. Aſt immo maior merito favor Publicianæ, minuſque hæc odioſa quam uſucapio. Cum ea domino ius ſuum illibatum ſervet, & poſſeſſori cum primis iniuſto obſiſtat.

Digitized by Google

d. L. 7. §. Marcellus: ut ex huiuſmodi emptione non ſit Publiciana, nempe adverſus furioſum qui vendidit: ut hoc ſimiliter dictum intelligamus, uti Paulus prius dixerat ex ea emptione de evictione actionem non naſci: quæ ſane actio non adverſus alium intelligi poteſt, quam adverſus venditorem. At ſi agetur adverſus alios, uti adverſus eos uſucapio admittitur, ſic admittetur & Publiciana. Quæ ſententia Marcelli & Ulpiani fuit in *d. L. 7. §. Marcellus:* & omnino retinenda eſt, eſtque veriſſima. Non enim minus iuſtam cauſſam poſſeſſionis deſiderat uſucapio, quam Publiciana. *L. Celſus, D. de uſur. & uſuc. tit. de uſuc. ſupra.* Et tamen hæc ipſa quæ non eſt, fingitur ſubeſſe in ſuperiore ſpecie ad uſucapionem utilitatis cauſſa auctore Paulo in *d. L. 2. §. ſi a furioſo, D. pro empt.* Quanto magis ſubeſſe exiſtimari debebit ob eandem utilitatem ad Publicianam? Nam uſucapio etiam ipſi domino dominium aufert: Publiciana nihil domino, ut quæ adverſus hunc non detur: extraneis poſſeſſoribus aufert aliquid, ſed poſſeſſionem tantum, & quidem alienam: id eſt, eam quæ prius actoris fuit, & nunc eſſe debet, non poſſeſſorum.

VII. *Bona fide accipienti, ementive:* Hæc verba omiſſa ſunt hoc loco, ſed exigi edicto etiam bonam fidem accipientis: in emptione autem etiam ementis ſimul, & accipientis, conſtat ex *L. ſed etſi, 7. §. prætor, D. eod.* Bona fide emere, aut accipere dicitur, qui eum a quo emit, aut accipit, putat dominum eſſe, aut ius transferendi habere; puta tutorem aut procuratorem eſſe. *L. bonæ fidei, D. de verb. ſignif. L. qui a quolibet, D. de contr. empt.* Notandum, quod dixi circa bonam fidem poſſeſſoris, hoc intereſſe inter emptionem & cæteras cauſſas, ex quibus res traditur, quod in emptione duobus temporibus [6] bonam fidem intervenire oportet, & cum emit, & cum res ei traditur, ut ſit uſucapioni & Publicianæ locus: in cæteris autem cauſſis ſufficit ad bonam fidem ſpectari tempus traditionis. *d. L. ſed etſi, 7. §. Publiciana, D. de Publ. L. 2.* in pr. *D. pro empt.* Quibus de rebus in uſucapione ut proprio loco diligentius cognoſcendum eſt.

VIII.

obſiſtat. Abſque qua foret, ipſique domini ruo, probatione non iure defecti, ſuum vel a prædonibus obtinerent. Et quod publicæ utilitatis ratione in hac inducenda motus Prætor, probant verba §. 4. *I. de act.* durum erat, & plerique noſtrorum agnoſcunt, vid. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3.

6) Eademque, uti ad uſucapionem vid. *ſupra Lib.* 5. *C.* 17. *n.* 11. ita & hic in emptione non traditionis ſolum, ſed & contractus tempore exigitur *L. 7. §. pen. & ult. h. t.* Mynſ. *ad* §. 4. *I. h. t. n.* 25. Sneidvin. *n.* 41. Old. Cl. 3. *Act.* 3. *in Practica pag.* 335. Et ita *d. L.* 7. §. *ult.* exponit Henr. a Snerin. *Repet. Lect. C.* 43. ut in verbis extremis vocula *tunc* denotet tempus traditionis, verba autem *ab initio traditionis* ſignificent contractum, quo agitur ut tradatur, quia ex contractu emptionis initium & veluti iter capiatur ad traditionem. Sed quia ita plane idem *d. §. ult.* aliis modo verbis repeteret quod *prior* §. monuit, præfero explicationem Gothofredi *ibid.* quod non ſatis ſit ignorantia rei alienæ, ſed quid amplius aliquando ad bonam fidem requiratur. Et inde firmo quod & qui credit rem venditoris eſſe, poſſit mala fide accipere, ſi ſciens contra leges mercatur: de quo nos alio loco. Hinc ſicuti mala fides ſuperveniens, curſum uſucapionis non ſiſtit, *ſupra Lib.* 5. *Cap.* 17. *n.* 8. ita nec Publicianam. Adeo ut etſi quoad illam ius Canonicum a civili receſſerit *ut ibid. not.* hic tamen nec eo quidem iure correctionem vulgo agnoſcant, cum hæc non ita odioſa ſit, nec quidquam domino auferat, aut in eius incommodum vergat, ſed eius ſolum, qui ipſe minus vel nihil iuris habet, collatus actori, ita poſt Iaſonem *in* §. 3. *I. de act. n.* 77. *& n.* 86. Sneidvin. *ibid. n.* 59. Menoch. *Recup. poſſ. Remed.* 16. *n.* 12. *& ſeq.* Io. Bapt. Ailn. *de Exſecut.* §. 7. *Cap.* 81. poſt plures relatos Gilken. *de Præſcript. P.* 2. *Memb.* 2. *C.* 7. *n.* 31. Bona fides autem ſolius emptoris (ex. gr. idem in alio) continetur ut *L. 7. §. 13. h. t.* Quare non nocet mala fides auctoris, ut ne quidem heredi dolus defuncti *d. L.* 7. §. 12. (etſi hic contra ſit in uſucapione ut *ſupra Lib.* 5. *Cap.* 20. *n.* 29.) Iure enim fieri poteſt, ut ſicuti quandoque dominium transfert qui ipſe non habet, ita & cauſſam dominii *L. 46. de acq. do.* 6. Old. *Cl.* 3. *Act.* 3. §. 3. Neque id iure novo correctum poſt *auth. mala fides C. de præſcr. long. temp. Nov.* 119. *C.* 7. ut male quidam voluerunt contendentes hodie Publicianam exerceri non poſſe. Quos refellit ſane Oldend. *d. Act.* 3. *in defenſ. rei pag.* 339. (& iiſdem verbis ex eo non laudato, more non laudando, Mynſ. *ad d.* §. 4 *n.* 30.) Sed ita, ut tamen iis nimis largiri videatur, dum ſic locum dat hodie actioni huic Oldendorpius, ſi mala fides auctoris, oppoſita petitori ab adverſario non appareat, vel iudici ſatis non probetur. Ut ita non bona fides auctoris probanda ſit actori, ſed contrarium reo. Rectius qui nullam hic quoque mutationem agnoſcunt. Nam *d. auth.* non tollit præſcriptionem in caſibus, de quibus loquitur, ſed in longius tempus differt, Sneidvin. *ad d.* §. 4 *n.* 43. Et hic quoque rationi ſuperioris diverſitatis locus, unde nec iure Canonico aliud dicendum videtur. Quod & menti auctorum antecitatorum convenire reor. Hoc amplius bona fides auctoris efficit, ut ſucceſſori detur hæc actio, etſi ipſe dolo non careat *d. L.* 7. §. 12. Quod de herede ac ſucceſſore univerſali accipit, Mynſing *ad d.* §. 4. *n.* 27. & faciunt ea, quæ *ſupra Lib.* 5. *C.* 20. *n.* 24. Tentari poteſt idem eſſe in ſingulari: cum *d.* §. 12. indefinite ſucceſſorem vocet, & is maxime ſucceſſor, qui in rem ut *ſupra d. C.* 20. *n.* 21. Sed de hoc alio & loco & tempore. Plane uti ſuperiori caſu cautio, ne de mala fide auctoris confiteatur agens, Sneidvin. *ad d.* §. 4 *n.* 43. ſed ſi reus ea obiecta ſe defendat, eum audiri non debere, nec ad probationem admitti contendat. Ita hic, opinor, tutius faciet ſucceſſor, ſi intentionem ſuam in titulo ſuo, & iure hereditario, ex. gr. ac bona fide auctoris fundet, & de his fidem faciat, non autem malam fidem ſuam agnoſcat, obiiciente eam adverſario (quis enim æquus iudex huic reum condemnabit) ſed ad probandum eam illum non admitti debere dicat. Quin & Old. *d. Act.* 3. *in defenſ. rei* cenſet exceptionem malæ fidei petitori non ab alio reo obiici poſſe, quam cui ipſi ius aliquod in re, quia alias ſit exceptio de iure tertii, cui replicare poſſit actor: *habeo rem, quod ad te attinet, bono iure* arg. *L. 4. §. pen. Si ſer. vind.* Quod tamen aſſerere nolim. Cæterum alleganda hic eſt bona fides petitori, non autem probanda, cum ex cauſſa ſeu titulo, qui probandus, inferatur ac iure præſumatur, tametſi iuramento actoris probandum velint Oldend. *d. Act.* 3. *pag.* 336. vid. Sneidvin. *ad d.* §. 3. *n.* 48. *& ſeqq.* Mynſ. *ad* §. 4. *eod. n.* 58 At Weſ. *ad Tit. C. de R. V. n.* 48. nec allegationem neceſſariam concedit, etſi utilem eſſe fateatur.

VIII. *Et necdum eius rei* 7) *dominus effectus eſt*. Id ita fit, ſi & rem acceperit ab eo, qui dominus non erat, & acceptam nondum uſuceperit: quæ duo edicto expreſſa ſunt. *d. L. 1. D. eod.* Nam ſi res a domino tradita eſt, ſtatim traditione poſſeſſor dominus efficitur. *§. per traditionem. ſupra de rer. div.* Aut ſi etiam poſſeſſor rem non a domino traditam & bona fide acceptam per conſtitutum uſucapioni tempus poſſedit; res fit eius uſucapione. *tit. de uſuc. ſupra L. traditionibus, C. de tranſ.* Atque his caſibus Publiciana non datur: ideo, quia fuit ſupervacua: cum dominio iure gentium aut iure civili quæſito, ſit directa & civilis in rem actio. *L. in rem, D. de rei vind.* & ſequitur poſtea in hoc §. *Habet*, inquit Ulpianus, his caſibus actor *civilem actionem, nec deſiderat honorariam. L. 1. D. de public. in rem act.*

IX. *Et caſu poſſeſſionem amiſerit*. Quippe adhuc poſſidenti nunquam ultro datur actio ad rem obtinendam: cum ſufficiat ei, quod poſſidet, ut ſupra diximus. *L. 1. §. pen. D. uti poſſ.* Additum eſt caſu, ut ſignificetur hoc verbo quidquid opponitur poſſeſſoris voluntati, diſtinguaturque qui amiſit poſſeſſionem non volens, ab eo qui ſuo facto & ſua voluntate amiſit: puta rem vendendo, aut permutando, aut donando. Quibus 8) modis qui fecit, quominus rem haberet, merito ei ideo Publiciana non datur, quia nec vero dominio re ab eo alienata, & iure eius amiſſo ulla in rem actio competeret.

X.

7) Hinc pernicioſus plurium error, vero domino Publicianam negantium, & per *d. L. 1. §. 1. & L. 18. de pignor. d. §. 4. Inſt. de act.* & quia, aiunt, non aliis hæc actio, quam qui uſucapere poteſt. Dominus autem rem ſuam nequit. Et cui iure civili ſatis proviſum directa actione, non eſt quod ei Prætor ſubveniat. Denique quod hæ actiones ſibi invicem adverſentur, ita Vital. *1. Var. Lect.* 25. *n.* 8. Sneidvin. *ad §. ſed iſta* 3. iunct. *ſeq. I. de act. n.* 24. *& ſeq.* Vult. *ibid. n.* 31. *& n.* 20. ac Giſan. & Harpr. *n.* 15. Valent. Guil. Forſt. *Tract. Inſtit. Part.* 2. *Diſp.* 3. *Th.* 4. *lit. B.* Quem errorem convellit Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *paſſim* & Mynſing. ad *d. §.* 4. *n.* 38. *& ſeqq.* Nos eiuſdem radices ac fibras omnes amputabimus. Ecquodnam vero domino, ſi probatio dominii, quæ fere ſemper in difficili eſt, non ſuppetat, rei perſequendæ erit remedium, ſi non hoc. Siquidem nec interdicto recipere poſſeſſionem poterit, ſi caſu amiſit. Anne vel omne ei remedium abdicabimus, & ex ea ipſa cauſſa hanc actionem negabimus, quod plus iuris habeat, quam daremus, ſi minus iuris haberet. Vel ſcientem mentiri cogemus, ſi hac intentata neceſſe habebit dicere aut ſe dominum non eſſe, ut Accurſius vult & Iaſo ad *d. §.* 4. aut ſe ambigere utrum ſit dominus, ut poſt Angelum Sneidvin. ad *d. §.* 4. *n.* 45. Quorum illud inſulſum, ut recte Oldend. *d. lo. p.* 337. utrumque vaniſſimum & falſiſſimum eſt. Cum immo ex conditione bonæ fidei ſit, & ſic agenti neceſſarium *L.* 13. *§. 1. h. tit.* ut ſe dominum eſſe credat. An non autem tanto magis credit, quanto minus dubitat. Vindicatio civilis uti ex parte agentis exigit dominium, ita prætoria hæc cauſſam dominii, id eſt titulum, bonam fidem & traditionem auctoris, (niſi in caſibus quibus hæc non neceſſaria, ut *ſupra N.* 3.) Fac iam dominum verum, qui vel non certo ſcit quod ſit dominus, credit tamen: (quid enim ſi auctor, a quo accepit, vere dominus fuit; ſed de illo ſucceſſori non ſatis liqueat) vel certo ſcit, ſed probare nequit: (pone inſtrumenta unde poſſeſſio longiſſima auctoris &, conſequenter uſucapio conſtabat, perdita eſſe; teſtes qui de eadem illi privatim fidem fecerant, obiiſſe) vel probare etiam poteſt, ſed eam moleſtiam, moras item iudicii, quod longiſſime extrahi ſic ſolet, evitare ſatagit; Iudicio ſic intendere: Fundum Sempronianum, quem tu poſſides, me a Seio venditum bona fide accepiſſe, (aut mihi teſtamento Seii legatum) aio: Eum mihi reſtitui, Iudex, peto. Quæ vera formula eſt vid. *infra N.* 12. Intentione hac firmata, quid eſt quod actorem ea perſona ſua ſubmoveat. *Anne* reus eum repellet dicendo: At tu dominus es, ideo non hac actione experiri debes, ſed alia. Ita ſane Accurſ. *in gl. magna §. 4. I. de act.* his verbis: in ea (*Publiciana*) obtinebit, niſi adverſarius probet actorem dominum huius (*rei*) fuiſſe. Quod ſi probet, dabitur ei rei vindicatio. Qui enim Publiciana ſuccubuit, non repellitur a rei vindicatione directa. Abſurde dicit Accurſius *probat*, item *ſuccubuit*. Qui enim probatio huius rei exigetur a Reo? Nonne is, confitendo dominium actoris, malitiam ipſe ſuam prodit, & quod nulla ſibi cauſſa reſtitutionem vel negandi vel remorandi. Qui ſuccumbet Publiciana, qui confeſſione adverſarii intentionem ſuam non modo implevit, ſed quid amplius. Non enim quæ abundant vitiant. Falſiſſimum quippe eſt, quod toti errori cauſſam præbuit, actiones has origine pugnantes eſſe: cum potius valde affines ſint, origine, medio, & exitu; alteraque alterius ſupplemento perficiatur, ut Oldend. *d. Act.* 3. *pag.* 326. *& ſeq.* & maioris minoriſque ad invicem rationem habeant: ut, ſicuti cui aureus eſt, eidem & gruſſus: ita &c. Oldend. *ibid. pag.* 332. Sicuti & heredi civili bonorum poſſeſſio datur *§. 1. in fin. I. de bon. poſſ.* At ius bonæ fidei poſſeſſoris non adverſum eſt dominio, ſed affine, finitimum. Anne initio reus repellet actorem, quaſi non rite (& ut vulgo formiter) intendat. Sane ſi formulas *gl. d. loc.* ſectamur, id dicendum. Itaque agere oportebit: Fundum &c. a Seio non domino, vel, quem dubito an fuerit dominus, venditum accepi: Eum reſtitui, iure quaſi dominii, perinde ac ſi uſucepiſſem, peto. Aſt hac ratione iura, quæ mendacia coercent, dominum aut mentiri ſcientem cogerent, aut oneri difficillimo probandi uſucapionem, dominiumve adſtringerent, ob id ipſum quia dominus: Qui non adſtringeretur ſi dominus non foret. Iunge *not. infra N.* 12. Hinc facile concidunt rationes adverſæ. Nam illa verba: *necdum dominus d. §.* 4. & ſimilia referenda ad caſus crebro contingentes, non autem ad opinionem accipientis, rem & intentionem petentis, quaſi actio hæc in eo fundetur, quod non ſit dominus, vid. Old. *d. Act.* 3 *pag.* 325. *& p.* 338. Nec vero ex certitudine naturæ, cui omnia cognita, ſed ex eo quod eſt in uſu & foro, & ad hominum captum, actiones æſtimandæ, Old. *ibid. pag.* 332. Sic quod *d. L. 1. §. 2. h. t.* habetur in caſu inventionis verum eſt, quia ad id prodita Publiciana, ut quaſi domino ſubveniret. Mynſ. ad *d. §* 4. *n.* 41. Ac illa *ſi uſucaptum eſt d. §.* 1. accipienda: ſi idem conſtet, aut ſi id probandum in ſe recipiat & intentet actor. Tunc enim Publicianam non rite intentat, non quia huius intentio illi intentioni contraria, quin imo illa huic conſequens eſſe poteſt; ſed quia tunc iure civili communi ſatis ipſi conſulitur: add. Old. *d. Act.* 3. *p.* 324. Weſ. *ad Tit. C. de R. V. n.* 45. *in fin.* Unde nec has actiones conjunctim proponere licebit. Tametſi, ex quo uſu fori cumulatio actionum frequentari cœpit: inde & rei vindicationem ac Publicianam eodem libello proponi non temere invaluerit, ſed disjunctim: unde formula hodie vulgaris: Peto declarari rem iure dominii, vel quaſi ad me pertinere, Oldend. *d. Act.* 3 *pag.* 336. Sneidvin. ad §. 3. *I. de act. n.* 61. *& ſeqq.* Mynſing. ad §. 4. *eod. n.* 62. *& ſeq.* Gail. 1. *Obſ.* 62. *n.* 5. Weſenb. ad *Tit. C. de R. V. n.* 45. Bronch. 1. *Aſſ.* 76. Buſius ad *L. 1. h. t. per C. Abbate* 3. *de re iud. in* 6. Ubi dominio probato ſententia feretur, qualem rei vindicatio exigit; non probato, qualem hæc actio, quod iudici animadvertendum, Oldend. *d. loc. p.* 337. Confer. Gœd. ad *L.* 28. *de V. S. n.* 6. *& ad L.* 124. *eod.* Sic nec argumentum a contrario ſenſu *ex d. L.* 18. *de pign.* valet; de quo vid. Mynſ. *d. loc. n.* 42. *& ſeqq.*

8) Etſi ad id metu vel dolo inductus, quia & is utcunque voluit. Oldend. *Cl.* 3. *pag.* 333. Forſt. *Tract. Inſt. P.* 2. *Diſp.* 3. *Th. lit. C.*

X. Publiciana a prætore eſt. Cauſsa & ratio eius conſtituendæ, rei æquitas, quod hac actione non conſtituta futurum fuerit, ut iuſtus poſseſsor, ſi poſſeſſione excidiſset, nullam actionem in rem haberet; nulla enim fuit iure civili. Nullam autem eſse actionem hoc caſu, iniquum. Ratio comprehenſa illis verbis, *nullam habet:* quæ cuiuſmodi ſit, & ut verbis exprimatur, videamus.

XI. *Nullam habet in rem directam actionem*. Directam vocat civilem & iure civili proditam: quod ratio ſubiecta explicat. Cum enim pro ratione dicere debuiſset: quippe ita proditæ ſunt directæ actiones; ita rationem reddidit: *quippe ita proditæ ſunt iure civili actiones:* ut intelligeremus eas directas eſse, quas nunc dicit iure civili proditas. Directam actionem utili opponimus. *L. actio, D. de neg. geſt. §. ult. ſupra de leg. Aq.* ut ſit directa, quæ verbis ipſis legis recta datur alicui, & in aliquem; quaſi in hunc verba ipſa legis dirigantur: utilis, quæ verbis ceſsantibus datur ex ſententia & mente legis utilitatis cauſsa, ut appoſitiſſimo exemplo legis Aquiliæ declaratur in *d. §. ult. de leg. Aq.* Quo ex ſenſu ſi Publiciana directæ iſti & civili recte opponitur, erit nimirum civilis in rem actio, directa: Publiciana actio utilis. At quomodo tandem Publiciana utilis, quæ nihilominus & ipſa apertis verbis edicti datur? Dicitur utilis [9] ad ius civile relata; quia ex huius quoque ſententia & ratione ducitur. Datur enim iure civili in rem actio domino. Poſſeſſor qui non a domino accepit, quantumvis iuſtus, tamen dominus non eſt: ut hic quidem ceſſent verba legis: ſed pro domino eſt habendus; quamobrem, mox dicetur. Danda igitur & huic in rem actio ex ſententia legis propter eandem rationem, quæ ſententiam & mentem legis indicat: ac ſi ex hac ſententia dabitur, erit utilis ex ſuperiore definitione. Sed cur hic ſpectamus ius civile potius, quam prætorium, quo hæc actio nominatim prodita eſt, cum illo ſit omiſſa? Quia edictum ipſum prætoris de hac actione nihil aliud continet, quam iſtam ipſam ſententiam iuris civilis: quam ille interpretatus & ſecutus, in hunc caſum, qui lege omiſſus erat, clarius induxit actionem. Pertinetque omnino hæc ſpecies ad eos caſus, qui quandoque ſimiles cum incidunt, lege omiſſi, ſupplentur iuriſdictione prætoria propter eandem utilitatem: ut faciendum eſſe præcipitur, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum eſt, & occurrunt alia, quæ ad eandem utilitatem tendunt. *L. nam ut ait, D. de legib.*

XII. *Ita proditæ ſunt iure civili actiones*. Intellige in rem; quo de genere prius ita propoſuerat; nullam habet in rem directam actionem. *Ut quis dominium ſuum vindicet*. Non recte, dixerit aliquis, dominium ſuum vindicet. Nam ſi habet, cur petit, quod habet? ſi non habet, in rem agere non poteſt. *L. in rem, D. de rei vind.* An igitur hac obiectione moti cum Accurſio per dominium ſuum, rem dominii ſui accipiemus, ut ille fecit? Nihil neceſſe eſt. Et qui rem vindicat, recte dicitur dominium vindicare. Hoc enim vindicare ſignificat, ſuum eſſe dicere, ſibi aſſerere quid proprium, quod & re vera proprium eſt. Atenim fruſtra vindicat dominium, qui habet. Fruſtra ſi quis vindicando dominium peteret. Nunc autem de dominio non agit, ut habeat; ſed ut res ſibi reſtituatur, quæ abeſt: quod quia conſequi non poteſt, niſi ſe prius dominum eſſe probaverit, ideo ab intentione dominii orditur, & ſe dominum eſſe contendit, ac talem ſe eſſe pronuntiari poſtulat: quod & illo probante ut fiat, primum officium eſt iudicis in hac actione. *L. & ex diverſo, §. 1. D. de rei vind.*

XIII. *Durum* [10] *erat eo caſu deficere actionem*. Durum, iniquum & iniuſtum: quod tum maxime uſurpatur, cum verbis iuris nimis inhærendo æquitatem omittimus: ſic hoc verbi explicatur in *L. illud, D. de her. pet.* ubi quod initio durum dicitur in oratione Hadriani, paulo poſt dicitur iniuſtum. Translatio ducta a rebus duris, quæ quia natura ſunt rigida & immota, ideo tractanti non cedunt, nec ulla arte tractando molliri poſſunt. Tale eſt ius ſummum: quod verba præfracte retinens æquitate ſe vinci aut molliri non patitur; æquitati nihil concedens; æquitati inexorabile. Unde & fit iniquum: *ex quo illud, Summum ius, ſumma iniuria, factum*, inquit Cicero, *tritum ſermone proverbium, Lib. 1. Off.* uſurpatum a Terentio in Heaut. Huius autem generis eſt hoc ius, quo in rem actio datur domino

9) Directa autem ad edictum Publicii relata, Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *p.* 327. Adde *not. Lib.* 21. *Civ. Commentar.* C. 2. *N.* 7.

10) Quam duritiem ſcite explicat hic Donellus noſter & Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *pag.* 326. Hinc bonæ fidei poſſeſſor ſæpe dicitur domini loco, & vocatur dominus *L.* 32. *de uſucap. L.* 84. *de furt.* Meritoque iure domini fruitur, quoties res eſt cum alio quam cum domino, quia æquius eſt illum rem recipere, quam alium eandem tenere, Cuiac. *in Papin. ad L.* 14. *h. t.* Vult. *ad.* §. 3. & 4. *I. h. t. num.* 12.

mino; ſi domini verbum præfracte urgendo, non patimur id ius produci ad ullos qui domini non ſint, quanvis it incidant, quos æquum ſit in hac re pro dominis habere & tueri. Hoc eſt igitur, quod hic durum & iniquum recte dicitur. Iniquum autem hoc caſu deficere actionem, quia poſſeſſio eius, qui rem pro ſua poſſidet & colit, ſi eſt iuſta, id eſt, ſi eam ex iuſta cauſſa & bona fide nactus eſt, hoc meretur, ut poſſeſſor in ea re pro domino habeatur, quandiu in eo nulli alii ſit iniuria: idque ita ſit, dum eo facto vero domino res ſua non aufertur. Et ita etiam habetur iure. Nam iure gentium bonæ fidei poſſeſſor in fructibus percipiendis id iuris habet, quod dominis prædiorum tributum eſt, ut ſimiliter percepti ſiant eius pro opera & cultura. *L. qui ſcit, §. 1. D. de uſur. §. ſi quis a non domino, ſupra de rer. diviſ.* Iure autem civili cum iuſto tempore poſſederit, rem uſu facit ſuam, *ſupra de uſuc.* in princ. Et ut deſint cætera: at certe iuſta poſſeſſio ſemel actori iure quæſita eſt: hanc illi tueri æquum eſt: ut ſive adhuc obtinet, eam retineat: ſive caſu amiſit, danda ſit opera, ut ei reſtituatur. Tantum ne eum tueamur adverſus verum dominum, cui propter alienam poſſeſſionem quantumvis iuſtam res ſua auferri non debet. Cæterum ſi res agetur cum alio qui dominus non eſt, ſemper iuſtus poſſeſſor hoc ipſo quod talis eſt, plus iuris habet in poſſeſſione obtinenda, quam qui aut nullo iure rem tenet, aut poſſeſſionem 11 poſt eum qui nunc agit, nactus eſt. Æquum igitur & hactenus eum haberi pro domino laborantem de re ſua, id eſt poſſeſſione, recuperanda: & ei in hunc caſum actionem in rem dari. Idque ita Publiciana actione proviſum eſt: quæ ei qui iuſtam poſſeſſionem aliquando nactus eſt, his de cauſſis datur adverſus omnem poſſeſſorem: ſic tamen, ut verus dominus excipiatur. Quæ æquitas eſt & ius huius actionis, ut declaratur in *L. ult. D. de public. in rem act.*

XIV. Intentio huius actionis notatur his verbis; *in qua dicit is qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe uſucepiſſe, quam non uſucepit, & ita vindicat ſuam eſſe.* Sed intentio ſi ad verba exigitur, adeo falſa, adeo adverſus edictum & hunc ipſum locum, ut nihil magis. Quid enim, an non in omni actione ad recte agendum id dicendum eſt, quod pro cauſſa eius actionis poſitum eſt iure aut civili aut prætorio? Sane hoc ipſum, non aliud. Is enim recte quid petit, qui petit ex ea cauſſa, ex

11) Receptiſſimum tamen vulgo eſt Publicianam non dari contra poſſeſſorem noviorem, ſi & ipſe bonam fidem ac titulum habet, niſi ab eodem cauſſam petitor habeat, tum per *L. 9. §. 4. h. tit.* tum quia poſſeſſio iuncta titulo fortior ſit nudo titulo, Sneidvin. *ad §. 3. & ſeq. I. de act. n.* 28. Old. *Cl.* 3. *Act.* 3. *p.* 330. Vaſq. 2. *ill. Contr.* 70. *in ſi.* Petr. Barboſa *ad alienam* 11. ipſi 12. *D. Sol. matr. n.* 45. Curt. Iun. *Conſ.* 177. *n.* 2 Menoch. *Recup. poſſ. Remed.* 15. *n.* 91. Weſenb. *ad tit. C. de R. U. n.* 17. Quod tamen declarant modo & huius titulus ſit iuſtus, cauſſam domini præbens, veluti titulus pro herede, de quo *Tit. D. Pro herede* non autem qui *Tit. de Petit. her.* Oldend. *d. loc.* & Sneidvin. *n.* 32. Confer. *Lib* 5. *Civil. Commentarior. Cap.* 14. nec in fraudem agentis procuratus, Sneidv. *n.* 31. Oldend. & Weſenb. *d. loc.* & de eo appareat. Alias vel ex eo ſolo quod antiquior poſſeſſio titulata, novior clandeſtina cenſetur, ait Barboſa *d. n.* 45. Quidam etiam ubi petitor ex cauſſa onerosa tenuit actionem hanc contra noviorem poſſeſſorem ex titulo lucrativo concedunt, quod potior ratio eſſe debeat damni evitandi, quam lucri, Vult. *in d. §. 3. & ſeq. I. de act. n.* 98. poſt Uſillum *ibid. n.* 23. & Forſt. *Tract. Iuſt. P.* 2. *Diſp.* 3 *Th.* 4. *lit. D* Verum hoc omne etſi non temere ab interpretibus ſtatum videatur, eorum tamen magis auctoritate, quam LL. veritate iuriſque ratione nititur. Quod & Weſ. *ad Tit. C. de R. V. n.* 47. ſentire & priora, quæ *n.* 17. veluti corrigere videtur. Nam (1) *d. L.* 9. §. 4. loquitur de caſu quo alteri emptori res plane non tradita per verba: *qui tantum emit*. Ac imo (2) ratio: eo ipſo quod prior poſſeſſor bonæ fidei & cum titulo dominus a prætore fingitur, poſterior, etſi rem teneat, contra illum fingi nequit, ne duæ fictiones contrariæ in iiſdem perſonis concurrant. Et fictio extremum habile requirit, fuſe Ale. *ad L. ſi is qui* 15. *de Uſucapion.* Quare poſterior hic poſſeſſor fingi quidem & ipſe poteſt dominus, ſed contra eos qui poſt ſe venient. Alias (3) fortior quoque erit fictio in caſu ficto, quam veritas in vero contra *L.* 19. *§. pen. Locati L.* 8. *§. ult. de opt. leg.* Nam nec verus dominus exceptionem dominii utiliter obiicit ei, contra quem actionem efficacem non habet, ut in *Comm. ad Tit. de action. §. 4. n. 15. verſic. ſed tamen vindicat*. Adhæc (4) ſemel quæſitum priori quaſi dominium ac ius poſſidendi (quidam dominium poſſeſſ. vocant) illi ſine facto ſuo & culpa, quæcunque bona fides ſit poſterioris, adimi nequit. Niſi dicas regulæ *L.* 11. *de R. I.* in iis quæ iuris prætorii, locum non eſſe, quod non probabis, nec perſuadebis. Sed nec (5) ex auctoritate prætoris eſt, ut quem ſemel loco domini habuit, eundem rurſus reſtituat. Accedit (6) quod *L. pen. h. tit.* exceptionem *iuſti* dominii obiiciendam dicit. Hanc quomodo obiiciet poſterior priori: Immo (7) quam aliam obiiciet. Neque enim regulæ *L.* 156. *§.* 1. *de R. I.* æquitas eum tuetur. Cum non poſſit dicere ſe, ſi actor poſſideret, contra illum actione experiri poſſe. At *d. L.* 156 *§.* 1. eſt de exceptione contra eundem danda, contra quam foret actio. Neque enim ex. gr. cui actio ex vendito contra Seium, eidem exceptio rei venditæ contra Caium; cui actio ſpolii vel interdictum contra Titium, ei exceptio ſpolii contra Mævium &c. Ei igitur exceptionem obiicit poſſeſſor, contra quem ſi ille poſſideret ageret. Ageret autem utique non contra antiquiori, ſed noviori titulo præditum. Uti nec (8) abſonum forte quod Weſenb. *d. n.* 57. Publicianam inniti præſumpto dominio ex antiquiore poſſeſſione. Quod ſi ita eſt hæc præſumptio a noviori poſſeſſore non niſi contraria probatione ſui dominii eliditur. Et hæc ita certiſſima reor. Contrarium autem receptum eſt, tametſi nullo iure. Quo uſu fori facilis cautio commentitio titulo eludendi hoc iudicium. Nam poſterior poſſeſſor, qui nullo iure tenet Publicianam timens aut præſagiens, procurare poteſt antea ſimulatum inſtrumentum emptionis, ſubornare, qui vendidiſſe ſe tanti vel tanti dicat. Nam etſi tradant procuratum titulum hunc non prodeſſe ut ſupra, etſi item veriſſimum ſit hunc eſſe in mala fide. Ex alia tamen doctrina DD. facile malignus hic poſſeſſor tuebitur, cum ipſi ſatis ſit bonam fidem allegare, & actori contrarium probandum incumbat, quæ probatio plerunque difficillima. Aſt ſi rationi iuris hic in iudiciis ſua conſtaret auctoritas, omnis anſa tali commento & vafritiei præciſa foret.

ex qua iure actio conſtitnta eſt: sic enim ex ſua cauſſa ſequitur actio tamquam eius cauſſæ effectns: nec sine ſua cauſſa ullus effectus poteſt intelligi. At actio Publiciana comparata eſt nominatim ex hac cauſſa, si quis rem iuſta ex cauſſa & bona fide nactus sit, cuius poſseſſionem caſu amiſerit. Neque id tantum comprehenſum eſt edicto in *L. 1. L. 7. §. prætor, D. de publician. in rem act.* ſed etiam hoc loco pluribus expreſſum. Hoc igitur ipſum ad actionem recte inſtituendam dicere oportet, non aliud. Illud quidem tantum abeſt, ut dicere debeat actor ſe uſucepiſſe, ut nunquam detur hæc actio, nisi ei, qui nondum uſucaptum petet, ut eſt in edicto, *d. L. 1. eod.* aut ut hoc loco, ei qui nondum dominus eius rei effectus erit: ut iam hæc intentio dicentis ſe uſucepiſſe, non tantum non sit huius actionis ex regnla omninm actionum; ſed etiam sit ipsi actionis conſtitutinni, & his quæ prius hic posita ſunt, plane contraria. Nnn vitamus reprehenſionem, ſi verba hæc, *dicat eam rem ſe uſucepiſſe*, interpretemur ex *§. præcedenti*, verſ. *ut ecce*. ut dicat actor non plene ſe uſucepiſſe, ſed quod eſt in eo §. ſe quaſi uſucepiſſe. Nam ne hoc quidem verum eſt, actorem in hac actione dicere ſe quaſi uſucepiſſe: cum non debeat aliud dicere, quam id quod eſt in cauſſa huius actionis cum ex edicto, tnm ex hoc loco: ſe nimirum rem nactum eſſe ex iuſta cauſſa & bona fide, etſi nondum dominus ſactus ſit per uſucapionem. Quod ſane qui dicit non modo de re a ſe uſucapta nihil dicit; ſed etiam ultro non uſucepiſſe ſe fatetur. Et hæc ita ſunt, ſi qnis verba Iuſtiniani ita accipiat, quaſi velit actorem in hac actione uti his verbis, ut dicat ſe uſucepiſſe, aut quaſi uſucepiſſe. Sed hoc dictum, ſive hæc intentio actoris non ad verba referenda eſt, ſed ad effectum & ſententiam verborum. De hoc effectu aliquid loquitur hoc loco Accurſius: ſed longe aliud ſentiens, atque ego volo intelligi. Ille enim hoc ſentit, & ipſe explicat, actorem ſic agere & intendere debere: Peto rem mihi reſtitui iure quasi dominii, perinde quasi uſucepiſſem, falſum ex his, quæ ſupra dixi. Ego autem hoc ſentio, actorem dicere ſe uſucepiſſe, ant quasi nſucepiſſe, nnn ut hoc totidem verbis exprimat, ſed ut dicat id quod idem valeat ad agendum & rem repetendam, ac si uſucepiſſet: id tamen, quod sit proprium huius actionis, & qnod dicendum atque intendendum eſſe ex ſuperioribus patet. Dicet igitur id, quod ſupra pro cauſſa huius actionis poſitum eſt: ſe ſcilicet [12] eam rem bona fide emiſſe a Lucio Titio, & ab eo traditam bona fide accepiſſe: petere ſe, ut sibi reſtituatur. Hoc vero qui dicit, vi ipſa hoc dicere videtur, etsi forte nondum rem uſuceperit quam ita nactus eſt: tamen ſe ita petere eam rem sibi reſtitui, quasi uſucepiſſet. Nam & hoc ex edicto de Publiciana iuris eſt: ut profecto hoc effectu inſpecto vere dicat Iuſtinianus actorem dicere ſe uſucepiſſe, certe pro eo habendum quasi uſucepiſſet, quod non uſucepit. In quo nihil falſum dicitur neque a Iuſtiniano, neque ab actore: vere enim actor non uſucepit, nec iure civili, nec prætorio: ſed proposita a prætore hac actione, qua res actori non aliter reſtitui debet, quam domino; plane sic agitur, qnasi actor uſucepiſſet: quoniam rei alienæ dominus effici non potuit domino ignorante, nisi uſucapione. Publiciana ab auctore, de quo hic expreſſum eſt in extremo.

XV. Illud poſtremum hic animadvertendum, quod a Iuſtiniano omiſsum eſt, & ad actionem recte Inſtituendam omnino pertinet, adverſus qnem detur hæc actio. Dicitur quidem ſuperiore §. in rem eſse, ut & in inſcriptione tit. de Publiciana in rem actione. D. Quod & ipſum ſtatim nos admonet eam adverſus poſseſso-

12) Atque hæc aptiſſima pariter ac ſimpliciſſima huios actionis formula, firmata, *ſupra N. 7.* Non quas Accurſius & alii comminiſcuntur. Unde hanc iotentans nihil falſi, nihil fictitinm dicere oeceſſe habet. Nedum eum mentiri oportet, ut Speculator voluit. Et fere Cuiac. qui *2. Feud. Tit. 20. & 14. QQ. Papin. in L. 15. §. 1. de inoff.* falſas expoſitiones ac titulos in foro recipi, ac dari iniqoæ actiooi colorem, ſcribit. Sæpiſſime oos uti in foro falſis narrationibus ac titulis. Quæ cette ſupina & craſſa locutio anſam præbet facile calumniandi auguſtiſſimi iuris ſcientiam alienis ab ea auctoribus. Qui & alias ſæpe verba captando, nec qua mente dicatur attendendo Iuriſconſultos oostros carpunt immerenter. Exemplo ſit Ioan. Paſſerat. *Præfat. in Libb. Cic. de LL.* Non tam ſcite ſe expediont qui actori dicendum volunt *ſe quaſi uſucepiſſe*, itaque a mendacio vindicant, quia vocula *quaſi* fictionem & ſimilitudinem denotet, Azo *in Summa ad tit. Inſt. de act. n. 16.* Vult. *ad §. 3. & ſeq. eod. n. 21.* Sed nec iis aſſentior qui sem ab eo eeo ſuam & a ſe uſucaptam peti volunt, ut Coiac. *in Paulo ad L. 2. h. t.* Giſan. *in d. §. 4.* & Hot. *ibid.* quia, inquit, eius eſt, ſi non pleni dominii, tamen bonæ fidei ratione & tituli ac uſucapionis inchoatæ. A quibus non alieous videtur, Oldend. *Cl. 3. Act. 3. p. 325.* qui ouda facti ſuperficie hic mendacium apparere, iuris auctoritate ooo eſſe, eum actor dolo nil afferat, nec animo fallendi: ſed ut ius ſoum perſequatur. Neqoe tameo dieo omnem fictionem hie abeſſe. Sed nolla fictio eſt in ſermone agentis, verum in ipſo iure prætorio, qnod vel momento inchoatam uſucapionem *L. 12. §. ult.* habet pro impleta, Vult. *d. n. 21.* Ubi oihil ſuppletur in facto & qualitate poſſidendi, bona fide &c. ſed in iure uſucapiendi argum. *L. 48. §. 1. de acquir. dom.* Oldend. *d. lo.* Fingere enim legis eſt, & ut ſcite Corn. Fronto. Fingere artis eſt, ut mentiri fraudis, Curt. *3. Coniect. ad Fr. 13.*

rem dari, aut eum qui dolo malo deſiit poſſidere, ut eſt conditio omnium actionum in rem, ut in cauſſis actionum exponendis ſupra oſtendi initio §. præcedentis, ſufficitque ad eam rem unum exemplum actionis hypothecariæ, quæ & ipſa in rem prætoria eſt. *L. ſi fundus, §. in vindicatione, D. de pig. L. 2. C. ſi unus ex plur. creditor. deb.* Sed quod de æquitate huius actionis ante attigi, hoc loco certius monendi ſumus, proprium hoc eſse huius actionis, ut cum detur adverſus omnes poſseſsores, adverſus dominum rei non detur. *L. pen. L. ult. D. de public.* Cuius rei ratio ſignificatur hæc in *d. L. ult.* quod quæ æquitas in Publiciana actione tuetur actorem adverſus cæteros poſseſsores, quod plus iuris habet in re petita, quam cæteri: hæc illum deficit, & oppugnat agentem adverſus dominum, quem conſtat multo plus iuris habere in re ſua, quam quemlibet quanvis iuſtum poſseſsorem, qui dominus non ſit. Unde & exceptio vulgo uſurpari ſolita adverſus Publicianam, si ea res de qua agitur, poſseſsoris non ſit: quæ exceptio iuſti dominii vocatur in [13] *L. pen.* ubi eodem ſenſu & Publicianæ obiicienda eſse dicitur. Perpetuum hoc eſt non minus, quam illud, quod placet domino adverſus omnem poſseſsorem ultro in rem actionem dari. *L. officium. L. in rem, D. de rei vind.* Immo vero hoc quam illud, multo certius. Facilius enim poſſidenti exceptio datur ad retinendum, quam non poſſidenti actio ad perſequendum; ut si domino detur actio, multo magis ad rem retinendam ei exceptionem competere quis dixerit, iuxta regulam iuris. *L. invitus, §. 1. D. de reg. iur.* Sed tamen & vindicanti domino multa ſæpe obſtant, quominus poſseſsor ei rem reſtituere debeat. Hæc eadem & poſſidenti, ac Publiciana actione convento obſtabunt, quominus retineat. Et generaliter quibus ex cauſſis ad ſummovendam dominii retentionem poſseſsori exceptio eſt, ex iiſdem cauſſis amiſsa poſseſſione adverſus dominum agenti ad repellendam dominii exceptionem eſt replicatio. *L. ſi Titio, D. de rei vind.* ſcilicet ut & hic exceptio replicatione, tanquam actio exceptione infirmetur; poſtquam exceptio velut actio quædam eſt: *L. 1. D. de exc. L. in exceptionibus, D. de prob.* replicatio autem nihil niſi exceptio, quæ datur actori. *L. 2. §. 1. D. de exc.* Tria ſunt autem genera earum rerum, quæ dominum ſummovent. Quædam ſunt, quæ faciunt, ut is pro domino non habeatur adverſus poſseſsorem. Quædam, ut poſseſſori etiam si non poſſideret, ultro rem tradere, aut reſtituere debeat. Quædam, ut ſaltem pati debeat rem apud eum manere. Primi generis eſt res iudicata, qua quandoque agente domino poſseſsor abſolutus eſt, quo declaratur actorem dominum non videri. Unde exceptio rei iudicatæ poſseſsori, & eidem poſseſſione amiſsa eum vetere domino agenti adverſus exceptionem dominii, rei iudicatæ replicatio [14] *L. ſi quis rem. D. de exc. rei iud.* Eiuſdem generis & [15] iusiurandum, si poſseſsor deferente domino iuraverit rem eius non eſse, aut ſuam eſse. Unde iurisiurandi exceptio & replicatio adverſus eum qui detulit. *§ æque, infra de exc.* Utrumque eo pertinens, ut dominus pro domino non habeatur inter eaſdem perſonas, quia ita judicatum, aut ita juratum eſt; poſt quæ nihil amplius quæritur. *L. poſt rem, D. de re iud.* Secundum genus hanc rationem habet, ut si adverſus dominum actio eſt, ut rem nondum traditam tradat, aut reſtituat, multo magis re tradita ſit adverſus eum ad retinendum exceptio aut replicatio. *L. vindicantem, D. de evict.* fit autem ut dominus obligetur ad rem tradendam, ex venditione, ſive vendidit ipſe ſive procurator eius ipſo mandante: nam & adverſus dominum procuratoris ex ea cauſſa agi poteſt utili actione ex empto. *L. Iulianus, §. ſi procurator, D. de act. empt.* Quare si aut ex ſua venditione rem tradidit emptori eum adhuc dominus non eſſet, deinde dominus factus rem ut ſuam vindicet, vel agente emptore ſibi defendat; aut procurator qui voluntate domini vendiderat, prohibente eo rem tradiderit emptori: utroque caſu emptorem tuebitur prætor: ſive poſſideat, exceptione

13) Et ſac. *L. 173. § ult. de R. I.* Neque enim Prætor inducere debuit beneficium in dominii iniuriam, eive ſuum auferre. Et æquius eſt tueri dominum quam poſſeſſorem bonæ fidei *d. L. ult.* Donel. *ad d. §. 4. n. 15.* Vult. *n. 15.* Sneidvin. *n. 34.* P. Fab 2. *Semeſtr. 17. pag.* 281. Apparet autem hinc actionem tamen ipſo iure conſiſtere & opponi exceptionem neceſſe eſſe, Sneidvin. *d. n.* 34 Oldend. *Cl. 3 Act. 3. pag.* 33 Prodiraque videtur hæc dominii exceptio contra hanc actionem peculiariter. Namque in aliis, vel non neceſſariam, ut in rei vindicatione, ubi contra vindicatio non exceptio proprie eſt, neque ut Weſ. *ad tit. C. de R. V. n.* 56. *&* *n.* 84. vult, illius ſpecies eſt hæc exceptio, vel ei locum non eſſe puto. Tametſi multum DD diſceptent, quando remediis poſſeſſoriis opponi poſſit, ut Menoch. paſſim Zange. *de Exc. P.* 3. C. 24. add. *not. Lib.* 22. *Civil. Commentar.* C. 2. *N.* 3.

14) Quam & de Publiciana recte exponit Weſ. *ad Tit. C. de R. V. n.* 57. & Oldendor. *Cl* 3 *Act.* 3. *p.* 329.

15) Obſtare videtur *L. 7. §. 7. in fin. h. t.* vid. Weſ. *d. n.* 57. & Mudæ. ad *§. item ſi* 11. *I. de act. n.* 24. *& ſeqq.*

ne adverſus dominum vindicantem; sive Publiciana rem petat, replicatione adverſus dominii exceptionem. De priore ſpecie eſt in *L. ſi a Titio*, *D. de rei vind.* de poſteriore in [16] *L. Papinianus*. *D. de publ.* Fiebat olim, ut dominus teneretur ad rem reſtituendam sine damno dominii rei ſuæ, sive mobilem eripuiſſet alteri, sive de fundo alterum deieciſſet: illic actione vi bonorum raptorum, *tit. de vi bo. rap. ſupra*. hic interdicto unde vi. *L.* 1. *D. de vi*. Quæ res faciebat, ut si hæc adverſus iuſtum poſſeſsorem admiſsa eſsent, sic poſset poſseſsor etiam Publiciana adverſus dominum experiri, ut eſset actio utilis, cui si obiiceretur dominii exceptio, actor replicatione doli uteretur quando ei etiam ultro actio in perſonam ad rem recuperandam competeret. *L. damni*, *§. non ſolum.*, *D. de damn. inf.* Hodie poſt eas conſtitutiones, quæ raptori & invaſori dominium perire iubent, & in adverſarium transire, *L. ſi quis in tantam*, *C. unde vi*, *§. ſed ne dum. ſupra de vi bon. rap.* huic quæſtioni in hac ſpecie locus non eſt; in qua nec qui prior dominus fuerat, dominus manet, ut poſſit adhuc rem vindicare; & qui prius poſſidebat, ita iam fit dominus, ut non agat adverſus alium dominum, cum ipſe sit dominus, nec agat Publiciana, cum ei civilis in rem actio cœperit competere. Tertii generis ſunt tranſactio, omniſque pactio, qua placuit inter dominum & poſseſsorem, ut poſseſsor fundum retineret: hanc enim conventionem ita tuetur prætor edicto de pactis, ut sive iterum agatur cum poſseſsore, pacti exceptione defendatur; sive poſseſſione amiſsa a domino petat, adverſus exceptionem dominii replicatione adiuvetur, ut eſt vulgaris pacti exceptio, *§. præterea infra*, *de exe. L. cum proponas*, 2. *C. de pact.*

16) Cuius tamen deciſio dubio non vacat; vid. Cuiac. 6. QQ. *Papin. ad d. L.* 14. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *p.* 328. *& ſeq.* Forner. 3. *Select.* 6. Refert & Cuiac. 10. *Obſ.* 6. caſus quibus hæc exceptio replicatione doli, vel in factum elidatur, extare in *L.* 63. *de R. V. L.* 31. *Ex quib. ca. mai. L.* 57. *Mand. add. L.* 28. *de nox. act.* Mercer. in *L.* 18. *de pign. n.* 14.

Rurſus ex diverſo.

§. V.

Reſciſſoria actio hoc loco quæ, & quæ ex cauſſa. I. & II.
Uſucapio reſcinditur poſtulante eo, cuius res uſucapta eſt, cum abeſſet neceſſaria aut probabili aliqua de cauſſa, & quæ huius reſtitutionis æquitas. II.
Uſucapio reſcinditur poſtulante eo, cuius res in civitate manentis uſucapta eſt ab eo, qui aberat, quacunque de cauſſa abfuerit, dum abſens non defenderetur. III.
Uſucapiaturne res abſentis, an abſens uſucapiat, quid interſit ad reſciſſionem uſucapionis, & differentiæ ratio. IV.
Reſciſſoria actio non niſi reſciſſa a prætore uſucapione per in integrum reſtitutionem. V.
Uſucapionis reſciſſio & reſtitutio ex ſupra ſcriptis cauſſis intra quod tempus, VI.
Utilis annus, utiles dies, qui. VII.
Reſciſſoria actio nata poſt reſciſſam uſucapionem perpetua, non intra aliquod tempus. VIII.
Reſciſſoria actio in rem, & eius intentio. IX.
Reſciſſoria adverſus quem. X.
Reſciſſoriæ actionis quis exitus, quæ reſtitutio. XI.
Reſciſſoria hæc actio cur dicta. XII.
Reſciſſoria cur utilis. XIII.
Reſciſſoriam actionem in rem Publicianam non eſſe, & cui bono id noſſe. XIV.
Reſciſſoria omnis, quæ alienatione priore quovis iure reſciſſa competit. XV.

Rurſus ex diverſo, ſi quis cum reipublicæ cauſſa abeſſet, vel in hoſtium poteſtate eſſet, rem eius, qui in civitate eſſet, uſuceperit: permittitur domino, ſi poſſeſſor reipublicæ cauſſa abeſſe deſierit, tunc intra annum reſciſſa uſucapione eam petere: id eſt, ita petere, ut dicat poſſeſſorem uſu non cepiſſe, & ob id ſuam rem eſſe. Quod genus actionis quibuſdam & aliis ſimili æquitate motus prætor adcommodat, ſicut ex latiore Digeſtorum ſeu Pandectarum volumine intelligere licet.

I. HIC proponitur actio in rem ſuperiori contraria: ut non immerito dicatur permitti ex diverſo. Nam Publiciana agitur de re non uſucapta, quam actor uſucaptam dicit. Hic actio eſt, qua agitur converſo modo, Id eſt, de re uſucapta quam actor non uſucaptam intendit. Eſt autem de re olim noſtra, quæ ſemel uſucapta, noſtra eſſe deſiit iure civili; poſt beneficio & reſtitutione prætoris ad ius noſtrum rediit, reſciſſa nimirum uſucapione. Unde & actio eadem in rem, ſed utilis. De qua cum ad rei, tum ad huius loci explicationem hæc cognoſcenda ſunt; cui, quave ex cauſſa hæc actio conſtituta ſit; quæ ratio & æquitas ex ea cauſſa huius actionis introducendæ; intra quod tempus conſtituta; quam intentionem habeat; adverſus quem detur: quis exitus huius actionis, & quodnam in ea officium iudicis; quorum ſingula hic ordine breviter magis ſignificantur, quam attinguntur. Poſtremo quo nomine appelletur: de quo ſolet dubitari, neque hoc loco indicatur. Quod eo proderit, ut ſicubi nomen occurret, liceat ex nomine actionem agnoſcere. Habet hæc actio hanc cauſſam, ſi quis rem olim ſuam vindicet, quæ poſtea in alium tranſlata ſit; ſed ea tranſlatione, quam æquum ſit reſcindi, quæ & ipſa reſciſſa ſit. Quod oſtenditur hoc loco exemplo rei noſtræ ab alio uſucaptæ, quæ uſucapio poſtea iuſtis de cauſſis reſcindatur: ſed nihilominus ut intelligi debeat pertinere hæc ad alias rei noſtræ tranſlationes complures, quæ aliis de cauſſis itidem reſcindantur, a prætore; de quo in extremo. Volumus rem olim fuiſſe actoris: quia ſi ante uſucapionem eius non fuit, ne eius quidem erit, reſciſſa uſucapione: ut proinde nec tunc tanquam ſuam poſſit vindicare. Hoc expreſ-

expreſſit Iuſtinianus hoc loco, cum ait permitti hanc actionem domino. Ubi aperte dominum vocat, qui olim fuit: cum huius rem, ante quam agat, dicat uſucaptam fuiſſe. Sic ut dixi in §. *praeced.* appellatur inſula, quæ ante fuit inſula, rei facilius explicandæ cauſſa in *L. inſula*, in fin. *D. de acq. rer. do.* Volumus poſtea uſucaptam eſſe, quod hic expreſſum eſt: quia ſi res nondum a poſſeſſore uſucapta ſit, veteris domini manet: ad quam vindicandam ideo ei competit directa in rem actio, ut vero domino: nec deſiderat auxilium extraordinarium. *L. ab hoſtibus captis, C. de poſtl. rev.* Volumus eam uſucapionem eſſe, quæ remoto etiam beneficio ætatis domino veteri nocere non debeat. Ac iure prætorio placet non nocere duabus de cauſſis: aut propter abſentiam eius, cuius res uſucapta eſt; aut propter abſentiam eius, qui uſucepit.

II. Propter abſentiam eius, cuius res [1] uſucapta eſt; ſi aut neceſſaria aliqua de cauſſa, aut iuſta vel probabili abfuerit per id tempus, quo res uſucapta eſt. Neceſſaria, veluti ſi legationis publicæ, ſi militiæ, in ſumma ſi Reip. cauſſa abfuerit; ſi fuerit in vinculis, in poteſtate hoſtium, in ſervitute. Iuſta & probabili, veluti ſi abfuerit ſtudiorum cauſſa. De hac parte cautum eſt edicto de maioribus prima clauſula. *L. 1. D. ex quib. cauſ. mai.* ſententia clauſulæ expreſſa in *d. L. ab hoſtibus captis, C. de poſtl. rever.* Exempla iuſtæ & probabilis abſentiæ tradita in *L. ſed etſi, §. ult.* & ſeqq. duabus, *D. ex quib. cauſſ. mai.* De hac parte nihil hic aperte Iuſtinianus: ſed ſignificat illis verbis, cum ait prætorem ſimili æquitate motum hoc genus actionis & aliis quibuſdam accommodare. Prius enim dixerat de iis, quorum in civitate manentium uſucapta res eſt ab iis, qui ipſi aberant. Nunc ait & aliis perſonis eandem actionem accommodari, & ſimili æquitate, nempe ob eandem cauſſam, id eſt, propter uſucapionem, cui ſimilis abſentia locum dederit. Id autem accidit in iis, qui cum ſupraſcriptis de cauſſis abeſſent, eorum e converſo res uſucapta eſt ab iis, qui in civitate erant: de quibus, ut dixi, ſuperioribus locis expreſſum eſt. Cum autem prætor hanc uſucapionem reſcindit, huius partis æquitas manifeſta eſt. Aperte enim iniquum eſt neceſſariam aut iuſtam abſentiam cuiquam nocere; per quam factum ſit, quominus dominus qui aberat, poſſeſſorem qui in civitate erat, poſſet convenire de re ſua, & ita uſucapionem interpellare. Atque hæc huius partis æquitas eſt, qua motum prætorem Iuſtinianus ſcribit in hanc quoque ſpeciem actionem eandem accommodaſſe.

III. Quod hic tribuitur abſenti, cuius res per cauſſam ſuperioris abſentiæ ab eo qui in civitate erat, uſucapta eſt: idem eodem edicto tributum eſt in civitate manenti, cuius rem uſucepit is qui aberat, cuius conveniendi poteſtas non fuit: de qua ſpecie hic comprehenſum eſt in principio. Ita fit, quod Ulpianus de his partibus edicti ſcribit in *L. item ait*, in pr. *D. ex quib. cauſ. mai.* ut priore ſuccurrat ſupraſcriptis perſonis, ne capiantur: poſteriore adverſus ipſas, ne capiant: denique quemadmodum ipſis abſentia non nocet, ſic etiam ne proſit. Sed ut proponitur hæc pars poſterior hoc loco, indiget cautione. Nam de eo qui abſens uſucepit, ita loquitur Iuſtinianus, ut proponat eum, qui, ut in ſuperiore parte, Reip. cauſſa, aut alia neceſſaria abfuerit: quaſi ad reſcindendam uſucapionem eius, qui per abſentiam ſuam uſucepit, oporteat eum neceſſaria aliqua, aut probabili de cauſſa abeſſe; ac non eadem reſciſſio ſit adverſus eum, qui voluntate ſua abſuit. Scribit præterea ſic adverſus eum qui abſens uſucepit, reſcindi uſucapionem, ut nihil amplius requirat, quam abſentiam. Quorum utrumque diſcimus ex edicto ſecus eſſe. Nam prima clauſula, quæ eſt de iis perſonis abſentium, quæ per eam abſentiam aliquid amiſerunt, & ut nunc quæritur, quarum res uſucapta eſt, ita his perſonis ſuccurritur, itaque his uſucapio

1) Exemplum uſucapionis, contra quam ex abſentiæ cauſſa reſtitutio datur, frequentius occurrit. Nec tantum ſi interim completa uſucapio, ſed & ſi reverſo eo intra modicum tempus *L. 5. §. ult. h. tit.* de quo Ant. Fab. *ibid.* Duar. ad *h. t. Cod. f.* 132. Mudæ. ad *L. 3. Cod. de reſtit. milit.* Azo in *Summa. C. de reſtit. milit. n.* 11. *& ſeq.* Menoch. *Arb. Caſ.* 33. Sed & ex aliis cauſſis reſtitutio facienda *L. 30. in fin. hoc tit.* ut adverſus venditionem *L. 6. Cod. de reſtit. mil.* præſcriptionem quamvis temporalem *L. 2. L. 5. Codic. eod.* adverſus ſententiam *d. L. 30. in fin. D. L. 1. Cod. hoc tit.* Cujac. 7. *ad Afr. in L. 29. hoc tit.* vid. item 22. *Obſ.* 18. & Henr. a Sucrin. *Repet. Lect. C.* 14. Ubi ſi abfuit cum cauſſa ageretur & indefenſus condemnatus, inſtauratio iudicii fit *d. L. 1.* Si vero ipſe litigavit uſque ad concluſionem cauſſæ, & deinde eo abſente lata ſententia aliud ſtatuit Sich. ad *L. 1. C. h. t. n. 8. & 9.* tametſi reſtitui ad appellandum decennio lapſo concedat. De reſtitutione in integrum maiorum, adverſus ſententiam, maxime ex cauſſa inſtrumentorum noviter repertorum fuſiſſime Odd. *P. 2. Q. 73. & ſeqq.* Sic quoque etſi edicti partis 2. verba tantum de reſtituendis actionibus temporalibus quarum dies exiit, ſententia tamen pertinet quoque ad eas quarum conditio defecit & quæ nondum natæ, ut *L. 43. hoc tit.* ubi Ant. Fab. & Cujac. *ibid.* 7. *ad. Afr.* ſcribens duplicem eſſe actionem reſtitutoriam (1) ex edicto, (2) ex decreto, ſeu officio Prætoris. Sed & alia impedimenta, præter abſentiam ab adverſario exorta huc ſpectant, vid. Odd. *P. 1. Q. 11.*

capio non nocet, si ut dixi, neceſſaria, aut probabili aliqua de cauſſa abfuerunt, non si animi cauſſa, aut etiam utilitate tantum rei ſamiliaris cogente. Secunda autem clauſula, quæ eſt de iis abſentibus, qni per eam abſentiam quid conſecuti ſunt, & ut de uſucapione nunc agitur, qui rem alienam uſuceperunt, sic ſuccurritur adverſus eos, sic his uſucapio non prodeſt, ut nihil intersit, qua de cauſſa abfuerint, utrum neceſſaria aliqua vel probabili, an plane voluntaria: nihil enim diſtinguitur in edicto. Idque eſt, quod Ulpianus de hac ſecunda clauſula loquens in *L. item ait*, §. 1. *D. ex quib. cauſ. ma.* ſcribit his verbis: *& erit notandum, quod plus prætor expreſſit, cum adverſus eos* (qui abſunt) *reſtituit, quam cum ipſis ſubvenit* (ut in prima clauſula præcedente) *nam hic* (id eſt in ſecunda clauſula, de qua loquebatur) *non certas perſonas enumeravit, adverſus quas ſubvenit, ut ſupra: ſed adiecit clauſulam, qua omnes qui abſentes non defenduntur, complexus eſt. Omnes abſentes*, id eſt, omnes quacunque de cauſſa absint: cum ſupra cauſſæ abſentiæ diſtinguantur. Et certe ſi iuſtiſſima etiam abſentia, de qua hic comprehenſum eſt, nihil prodeſt abſenti ad uſucapionem retinendam: abſurdum ſit ei prodeſſe abſentiam voluntariam. Sed ut prioribus non nocet abſentia, niſi iuſta: ita dum hæc interveniat, ſic his ſuccurritur, ut ipſis non noceat habuiſſe domi procuratorem, per quem agere poſſent cum poſſeſſore, & interpellare uſucapionem. Poſterioribus autem quemadmodum nulla abſentia prodeſt ad uſucapionem retinendam: ita pro his hoc exigitur, ut non aliter reſcindatur adverſus eos uſucapio, quam ſi uſuceperint, cum abſentes non defenderentur. *d. L. item ait*, in prin. & §. 1. Quod eo pertinet, ut ſi quem habuerunt domi non ſolum procuratorem, ſed etiam amicum, qui interrogatus ſuſcipere potuerit defenſionem; ſi eos ultro non interpellavit actor, aut quæſiti & interpellati parati ſunt defendere; non debeant abſentes inquietari. *d. L. item ait*, §. *hæc autem L. ergo, ſeq. D. ex quib. cauſ. mai.* Dum intelligamus defenſionem eſſe idoneam, quæ offerri debeat, ſi & iudicium non detrectetur, & iudicatum ſolvi ſatiſdetur. *d. L. item*, §. *ult.* Quod ſi aut nemo ſit, qui poſſit interrogari; aut procurator vel amici interrogati defenſioni idoneæ ſe non offerant: tum vere dicetur abſentes non defendi, & reſtitutioni ac reſciſſioni uſucapionis locus eſt. *L. ergo, ex quib. cauſ. mai.* Atque hæc etiam ita geſta eſſe conſtare debet, quamobrem ea complecti teſtatione oportet, ut eſt in *d. L. ergo*, id eſt, dare operam, ut ſit ſcriptura, in qua hæc ita geſta eſſe ſcriptum ſit atteſtantibus & obsignantibus idoneis teſtibus ad eam rem adhibitis: de quo genere teſtationis & teſtium accipi debet *L. carent, D. de prob.*

IV. Quarum rerum æquitas hæc eſt, rationem in utramque partem atque hoc modo actionem introducendi continens; quod uti æquum eſt iuſtam abſentiam abſenti non nocere: ita æquum nec nocere alteri: & quod idem eſt, sicut damno abſens propter abſentiam affici non debet; sic nec lucrum facere. *d. L. ergo, ex quib. cauſ. mai.* Utrumque tamen ita, si nihil sit, quod domino cuius res uſucapta eſt, imputetur, quod cum poſseſſore actum non sit, & interpellata eius uſucapio. At abſenti, cuius res per iuſtam eius abſentiam uſucapta eſt, nihil eſt, quod imputari poſsit, si nec ipſe, nec alius, quem domi idoneum actorem habuit, uſucapionem interpellavit. Nam ipſe non potuit agere cum poſſeſſore propter abſentiam. Procurator eius potuit; ſed ſi non fecit, nulla domini culpa eſt, qui non potuit abſens eum cogere. *L. nullus, D. de reg. iur. L. cum quidam*, § *ſi a pupillo, D. de uſur.* Contra vero ei domino, cuius in civitate manentis rem uſucepit abſens, eſt quod poſſit imputari, ſi non interpellavit uſucapionem, aut non dedit operam, ut interpellaret, cum poſſet aut procuratorem abſentis convenire, aut amicum, qui abſentis defenſionem ſuſciperet. Illud animadvertendum in hac parte, quod ſignificatur hoc loco, ut & in edicto, eos qui ſunt in hoſtium poteſtate, poſſe rem uſucapere: quod ſic accipiendum eſt, ut poſſint per eos, qui in eorum poteſtate fuerunt, ſi quid poſſederint ex re peculiari: per ſe autem non poſſint uſucapere, qui nec poſſunt poſſidere ipſi ab aliis poſſeſſi. *L. ait*, §. 1. §. *ſi plane, D. ex quib. cauſ. mai. L. cum heredes*, §. 1. *D. de acq. poſ.*

V. Non eſt ſatis ex his cauſſis uſucapionem reſcindi poſſe: volumus etiam reſciſſam eſſe, prinſquam competat veteri domino actio, de qua agitur. *Permittitur*, inquit Iuſtinianus, *domino reſciſſa uſucapione rem petere*. Reſcinditur autem uſucapio, impetrata adverſus eam a magiſtratu in integrum reſtitutione, quam prætor ex ſupra ſcriptis cauſſis pollicetur

edicto

Digitized by Google

edicto de maioribus: cum qua [2] eodem tempore uſucapionem reſcindit, & pritinam actionem reſtituit, quæ tempore amiſſa erat. Quinimo de reſciſſione uſucapionis aperte nihil cavens, ſolum pollicetur ſe earum rerum de quibus prius comprehenſum erat, actionem in integrum reſtituturum. Sed non eſt reſtitutio niſi redintegratio rei amiſſæ. *L.* 2. *C. in quib. cauſ. in inte. reſt. nec. non eſt.* nec redintegratur amiſſa, niſi pro infectis habitis, id eſt, reſciſſis his, propter quæ amiſſa erat. Itaque his verbis pollicetur, ut dixi, eodem tempore & uſucapionis reſciſſionem, & hac reſciſſa ſimul veterem actionem. Veruntamen actionem non prius, quam reſciſſa ſit uſucapio, ut hic expreſſum eſt.

VI. Quod quoniam ita eſt, ut ante hanc reſciſſionem actio de qua ſermo eſt, non competat; pertinet ad cauſſam eius actionis noſſe, quando ſeu intra quod tempus reſciſſio iſta peti poſſit; ne ſi poſt tempus petatur, nulla ſit reſciſſio, eoque nulla actio. Bene igitur hic additum eſt, reſciſſa intra annum uſucapione: ut intelligamus intra iſtum annum reſciſſionem hanc peti poſſe, & exinde ſimul competere poſſe actionem: poſt annum autem ut reſcindi amplius uſucapio non poteſt, ſic nullam hanc in poſterum actionem futuram, *L.* 3. *C. de reſt. mil. L. ult. C. quib. ex cauſ. mai.* Sumptum ex edicto, quo reſtitutionem hanc prætor intra annum pollicetur. *L.* 1. *D. ex quib. cauſ. mai.* Sed addidit prætor, quod huc transferendum eſt, *intra annum, quo primum de ea re experiundi poteſtas erit.* Quibus verbis & initium huius anni deſignavit, & quibus diebus eum annum conſtare vellet, oſtendit. Initium unde hunc annum computari oporteat, hic expreſſum eſt, ut ſit initium tunc, cum primum is qui aberat, abeſſe deſierit; tunc enim particula hic addita, extremum tempus quo quis abeſſe deſinit, ſignificat, *L.* 4. *D. de cond. & demon.* At hoc tempus eſt, cum primum cum eo qui aberat, experiundi poteſtas eſt.

VII. De diebus autem, ſignificarunt prætores ſuperioribus verbis ſe intelligere eum annum, qui conſtaret quidem trecentis ſexaginta quinque diebus, ut eſt anni circulus: *L. anniculus non ſtatim, D. de ver. ſig.* ſed conſtaret his non continuis, quæ civilis & ordinaria anni computatio eſt, *d. L. anniculus*: verum iis, quibus agendi poteſtas eſſet; qui ideo a veteribus dicti ſunt utiles, ut intelligerentur utiles ad eam rem de qua agebatur, id eſt, ad agendum. *L.* 1. *D. de div. temp. præſ.* unde annus, & omne tempus utile dictum, quod his diebus conſtaret. *L.* 2. *D. quis or. in bo. poſ. ſer.* Sed hoc olim tempus fuit reſtitutioni poſtulandæ ex edictis prætorum. Ius poſtea conſtitutione Iuſtiniani mutatum, & præfiniti omnibus in integrum reſtitutionibus anni quatuor continui, quorum initium ſit ex eo die, ex quo annus utilis cedebat. *L. ult. C. de temp. in int. reſt.* Illud meminerimus totum hoc tempus edicto præſtitui reſtitutioni actionis, non actioni; pollicetur enim prætor non ſe veterem actionem intra id tempus daturum, ſed intra id tempus reſtituturum. Inter quæ ad tempus huius actionis multum intereſt: de quo quia ex ſuperioribus quæſtio incidit, hic opportunus locus videtur monendi.

VIII. Nempe eo pertinet, ut intelligamus actionem quæ hic datur, non poſſe dici competere intra tempus ſupraſcriptum, ſed eſſe perpetuam. Nam ante quam reſciſſa ſit uſucapio; hic traditur rem peti non poſſe, id eſt, actionem de

ea

[2]) Duplex enim in reſtitutione, ex recepta noſtrorum ſententia remedium vel iudicium: Reſcindens quo reſtitutio conceditur per quod ſubmovetur obſtaculum & impedimentum ob quod agi non poterat. Et reſciſſorium, quod reſciſſo obſtaculo competere incipit, nec niſi prævia reſciſſione effectum producere poteſt *L.* 13. §. 1. verbis: *reſciſſa alienatione, dato in rem iudicio de minor.* vid. Zaſ. ad §. *rurſus* 5. *I. de act. n.* 4 *& ſeqq.* Sich. *ad Rub. Cod. de in int. reſt. n.* 4. Ant. Fab. 7. *Err. Prag.* 1. Mauric. *Cap.* 1. *n.* 6. *&* 7. *etc* 4. *& ſeqq.* Odd. *P.* 1. *Q.* 33. Et ex rito veteri reſciſſio tota peragebatur apud Prætorem, actio vero reſciſſoria apud iudicem datum: ſeparatumque erat officium prætoris, qui reſcindebat alienationem vel uſucapionem & dabat actionem reſciſſoriam ab officio iudicis, qui de eo cognoſcebat. Sed poſtquam iſte iudiciorum dandorum mos exolevit ac magiſtratus ipſe partibus iudicis fungitur, eadem opera utrumque peti & obtineri poſſe, ſtatuit Duar. *ad Titul. D. de minor.* ad verba: *ne putarem f.* 85. *& ad h. tit. f.* 131. Et hoc eſt quod DD. volunt Reſcindentis & Reſciſſorii iudicii cumulationem admitti, quod & uſus ſervat, Rebuff. *h. tit. in præfat in fin. & artic. Gallico gl.* 5. *n.* 11. Mynſ. 2. *Obſ.* 25. Guid. Papæ *Q.* 143. *ibique in annot.* Ant. Rambaud. Oldend. *Progym. act. Cl.* 6. *Act.* 8. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 10. *n.* 27. Sueidvin. *in* §. *rurſus* 5 *I. de act. n.* 84. Mauric. *C.* 9. Odd. *P.* 1. *Q.* 33. *Artic.* 5. Diſſ. Ant. Fab. 7. *Error. Prag.* 1. Quia ea demum, ait, una petitione conjungi poſſint, quæ ſimul & ſemel tractantur & inter quæ nullus ordo. Atqui reſcindens præparatorium eſt reſciſſorii, & neceſſario præcedere debet. Quomodo enim actionem in rem ex. gr. poteſt dare prætor, niſi ſub formula, Si apparebit rem eſſe petitoris. Iam vero non conſtat eſſe eius, niſi reſciſſa alienatione. Sed his occurri poteſt ex Mauric. *d. C.* 9. Poſſunt enim hæc ita ſucceſſive coniungi: ex. gr. Peto me reſtitui contra ſententiam & reſtitutione conceſſa fundum ablatum reddi: Sed etſi cumulatio ſimplex ſit; æquius tamen eſt conditionaliter eam intelligi, ut Odd. *d. Art.* 5. Quid quod exoſa legiſlatoribus iudiciorum multiplicatio & circuitus, ubicunque uno iudicio plura peragi poſſunt, Mudæ. ad *L.* 3. *C. de reſtit. mi.* Fruſtra enim fit per plura quod poteſt per pauciora, de quo belle Dantes Aligher. *Lib.* 1. *de Monarchia in Syntag. Tract. de iuriſd.* edito a Simone Schardio *f.* 85.

ea te non competere. Proinde ante eam reſciſſionem non poteſt dici actio competere intra id tempus, quæ actio ante nulla eſt. Sane intra id tempus reſciſſa uſucapione, recte dicitur etiam intra id tempus agi hac actione, quia poſt reſtitutionem agitur. *d. L. ab hoſtibus captis, C. de poſtl. rev.* Sed non ideo ante reſtitutionem ea actio competit quamvis intra ſtatutum tempus, quia, ut dixi, ante reſtitutionem nulla eſt. Poſtquam autem impetrata reſciſſio eſt, & reſtituta actio, exinde incipit actio eſſe perpetua ei cui reſtituta eſt. Datur enim domino veteri, remota uſucapionis cauſſa, quæ illi quominus ut ante dominus eſſet, obſtabat. Hac remota, neceſſe eſt ei [3] perpetuo competere actionem ut prius, quamdiu erit dominus, eandemque etiam in eum ad quem res tranſierit, transferri. Neque hic locus aut edictum refragatur. Nam hic ſtatuitur tempus, intra quod reſcindatur uſucapio, non intra quod detur actio uſucapione reſciſſa: & edictum reſtitutioni petendæ præſtituit tempus, non actioni reſtitutæ. Quinimo reſtitutionis verbum declarat, integram reſtitui veterem actionem: ut ſi nondum amiſſa perpetua fuit, ſit & perpetua, quæ eſt reſtituta. Ergo hac impetrata reſtitutione a vetere domino, atque ita reſciſſa priore uſucapione adverſarii, habemus cauſſam, ex qua hæc actio domino naſcitur: tunc enim primum ei competit reſtituta: & ut hic ſcriptum eſt, tunc permittitur domino rem ut ſuam petere.

IX. In rem hæc actio eſt, ut ante propoſuit in §. *ſed iſtæ*, verſ. *ut ecce*. Unde & petendi verbum, quo hic utitur: quo proprie ſignificatur actio in rem. *L. actio, D. de obl. & act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de ver. ſig.* inde & mentio huius actionis quæ hoc loco adiicitur; *permittitur*, inquit, *domino rem uſucaptam petere*, id eſt, ita petere, ut dicat poſſeſſorem non uſucepiſſe, & ob id ſuam rem eſſe, & tamen res vere uſucapta erat, ut hic proponitur initio. Unde & reſtitutio neceſſaria ad reſcindendam uſucapionem. An non igitur mentitur actor, aut potius an non ſecum contraria loquitur, qui dicat adverſarium non uſucepiſse, quod prius in reſtitutione petenda ſaſſus eſt eum uſucepiſse? Immo recte utrumque & vere pro diverſo iure, quo hæc cauſsa defenditur. Adverſarius vere rem uſucepit; ſed iure civili. At hæc uſucapio per reſtitutionem in integrum reſcinditur iure prætorio. Qua reſciſſione ſecuta, iam conſequitur actor hoc iure, ut vere dicat adverſarium non uſucepiſſe, quia effectu res eo rediit, ut nulla ſit uſucapio, quæ reſciſſa eſt. Ita illud ad ſummum ius & id quod initio fuit: hoc ad reſciſſionem ſecutam & effectum iuris relatum veriſſime utrumque dicitur.

X. Hæc actio cum in rem ſit, genus ipſum actionis nos admonet adverſus eum dari, qui poſſidet, aut dolo malo deſiit poſſidere, ut dantur cæteræ in rem actiones, etiam prætoriæ. *L. ſi fundus, §. in vindicatione, D. de pig.*

XI. Cum autem domino veteri detur ita rem ſuam vindicanti, ut ſi nunquam dominus eſſe deſiiſſet: plane idem exitus huius actionis intelligi debet, idemque in ea officium iudicis ad rei reſtitutionem & fructuum, qualia hæc in directa actione & civili eſſe diximus, per quam quis rem iure civili ſuam vindicet. De quo ſcripſi ad §. 1. *ſupra*.

XII. Quod ſupereſt dicitur hæc actio in rem reſciſſoria *L. ab hoſtibus captis, C. de poſtl. rev. L. nec non, §. ult. D. ex quib. cauſſ. mai.* Reſciſſoria, non quod reſcindat uſucapionem, aut ad hanc reſcindendam detur: ſed contra quod ſit ex reſtitutione iſtius uſucapionis: de quo iam inter omnes non doctos modo, ſed in iure etiam mediocriter verſatos conſtare

ſtare

3) Sed hæc plane contraria ſunt *L. 35. in fin. pr. de O. & A.* & ab omnium ſententia aliena. Et refellitur noſter ex *L. 31. hoc tit.* ubi ita demum perpetua actio, ſi poſſeſſionem nactus eam poſtea amiſit, exinde quia nulla amplius reſtitutione eget, qui rem ſuam recepit ſine vitio, ita ut & poſtea evinci nunquam poſſit. Et ſit actio perpetua *d. L. 31.* non beneficio reſtitutionis, ſed poſſeſſionis recuperatæ, quæ non ſolum exceptionis perpetuæ ius peperit, ſed & vicem ſupplet, non litis conteſtationis ſolum ut Odd. *P. 1. Q. 21 Art. 4. n.* 20. verum reſtitutionis non modo petitæ, ſed & impetratæ & exſecutioni mandatæ. Cum ita deſinat neceſſaria eſſe reſtitutio, nec quidquam verendum poſſidenti, ne res ſua ipſi auferatur, vid. Anton. Fab. ad *d. L.* 31. Quod ſi actio ſic reſtituta ſemper perpetua, non video quæ *d. L.* 31. vel ſit vel ſingi poſſit, dubitandi ratio. Hoc inter noſtros non convenit an idem quadriennium quod reſtitutioni integrum hodie, aut annus utilis olim, ſit huic actioni reſciſſoriæ. Quod vult Duas. ad *T. Cod. de temp. in int. reſt. fol.* 134. (1) Quia hæc remedia novo iure non ſeparata, ſed eadem opera Prætor reſcindit & de actione cognoſcit. (2) Quia edicto prætoris unius tantum anni mentio. Nec dicit Prætor dabo actionem reſtitutoriam intra alium annum. (3) Quia quadriennium datur ad finiendam litem *L. ult. C. de temp. in int.* Et Mudæ. ad *d. L. ult.* etſi largiatur olim alium annum utilem fuiſſe actioni reſtitutoriæ, tamen hodie aliud. Quid enim promoviſſet Iuſtinianus *d. L. ult.* ſi iudicio tantum reſcindenti quadriennium præfixiſſet, ſi reſtitutæ actioni adhuc ſuum annum utilem, inutili actionum multiplicatione conſervaſſet. Sed alii communius obtenta iam reſtitutione, ubi primum competere cœpit reſciſſoria, eam anno durare *d. L. 35. in fin. pr. L. 3. Cod. de reſtit. milit.* Wurmſer. *Lib. 1. Tit. 25. Obſ. 4. n* 12. Sneidvin. *in §. rurſus 5. I. de act. n.* 76. Maurie. *Cap. 6. n.* 7. Ant. Fab. ad *L. 15. §. ult. & ad L. 31. h. tit.* vid. Odd. *P. 1. Q. 21. Art. 3. & 4.* Nam in *d. L. ult.* verba: *ad finiendam litem* intelliguntur quoad reſtitutionis iudicium, non actionis reſtitutæ.

ſtare video: adeo id & hoc loco, & aliis quibuſdam aperte declaratur. Hoc qoidem loco ſcriptum eſt hanc permitti reſciſſa prius uſucapione. In *L. in honorariis, D. de ob. & act.* dicitur etiam expreſſius reſciſſa nſucapione reddi. Et quod idem valet, dicitur in integrum reſtitutis dari in *L. ult. C. quib. ex cauſſ. mai.* Prius ergo non erat, ſed ex hac reſciſſione & reſtitutiooe nata eſt; ut ſane non poſſit competere ad reſcindendam oſucapionem, quæ prius quam hac actione experiri liceat, iam reſciſſa eſt. Diciturque hoc modo [4] reſciſſoria conſimiliter ut reſtitutoria, quæ muliere ab interceſſione liberata redditur creditori adverſus veterem debitorem, qui per interceſſionem mulieris novatione aut acceptilatione liberatus erat. *L. quamvis, §. ſi convenerit*, verſ. *Marcellus*, *§. ſi mulieri. L. aliquando, §. ult. D. ad Vell.* Quo verbo non ſignificatur ea, quæ creditori competat, ut aliquid reſtituatur; ſed quæ reſciſſa prius interceſſione reſtituta eſt a prætore, cum prius eſſet amiſſa. *L. ſi mulier*, 26. in fin. *L. ult.* in fin. *D. ad Vell.*

XIII. Dicitur hæc eadem actio, de qua agimus, actio reſciſſoria [5] in rem utilis in *L. ult. C. quib. ex cauſſ. mai.* utilis eo ſenſu, qoo opponitur utilis directæ: hæc enim opponitur directæ vindicationi in *d. L. ab hoſtibus captis, C. de poſtl. rev.* Eodem plane exemplo, & ratione, qua Publicianam utilem dici, & a directa ſeparari ſupra oſtendimus. *§. namque*. Nam & hæc ad ius civile relata ex verbis eius iuris non competit: cum iure civili non ſint proditæ in rem actiones niſi ei, qui dominium ſuum vindicet, *d. §. namque:* io propoſito autem actor re ſua uſucapta dominus eſſe deſiit. Sed reſtitutus a prætore, ſequitur ut pro domino, qui ante fuit, habeatur. Quo poſito, iam eadem cauſſa, eoque ratio & ſententia iuris civilis eandem actionem admittit: quæ tamen cum verba iuris ceſſent, non poteſt eſſe directa: ſed erit utilis ex ſententia.

XIV. Sunt, qoi putent hanc quoque Publicianam appellari a Paulo in *L. in honorariis, D. de ob. & act.* his verbis: *Illæ autem* (actiones) *rei perſecutionem continent, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis abeſt. Ut cum agimus cum bonorum poſſeſſore debitoris noſtri: item Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur, ſed cum reſciſſa uſucapione redditur, anno finitur: quia contra ius civile datur.* Hoc poſterius ad actionem Publicianam referunt, cuius proxime mentio facta erat: & ſic accipiunt: ſed cum Publiciana non ad exemplum vindicationis datur, ſed reſciſſa uſucapione redditur, anno finitur. Et ſane verba hæc, *ſed cum redditur*, ambigua ſunt: in quibus ſalva ratione recti ſermonis poteſt ſubintelligi Publiciana actio, quæ modo appellata erat; poteſt & generaliter actio, ut ſit ſenſus, ſed cum actio redditur reſciſſa uſucapione. Quod ſi omiſſa quæſtione de re, in verbis tantum conſiſtimus, malim & ipſe prius accipi, quam poſterius: dilucidius eſt enim & rectius, verbum referri ad id ſubiectum, quod proxime præceſſit, quam generaliter ad actionis verbum, quod erat remotius. Sed ſi hæc reſciſſoria de qua agimus, non eſt Publiciana; res apud nos potior, quam verba, eſſe debet; & in ambigua oratione id accipiendum eſt, quod vitio caret. *L. in ambigua, D. de leg.* Et tamen ne ſic quidem de hoc verbo aut de auctore litem cuiquam moveam, aut movendam putem, ſi hoc tantum quæratur, quis ſit auctor. Utrum enim ſit inducta a prætore Publicio, an ab alio, dum ſemper eodem modo, eodemque iure competat, ad rem nihil intereſt. Sed ſi in auctore id agitur, ut Publicio conſtituto vocetur Publiciana, verbum autem deinde ad rem coofertur, ut ſcilicet cum alicubi in iure nominatur abſolute Publiciana, ibi hæc qnoque reſciſſoria intelligatur: hoc eſt, cur intereſſe putem quæri, utrum ſit hæc etiam actio Publiciana, aut uſquam ita vocetur, an non: ut ex nomine de re quoque æſtimetur. Atque hac ipſa de cauſſa puto monendum eſſe hanc actionem non eſſe a Publicio prætore, aut dici Publicianam. Moveor his rebos. Nam

4) Duar. *ad t. D. de minorib. f.* 85. & *ad t. D. Quibus ex cauſ. mai. f.* 130. Reſciſſoria quia datur reſciſſu eo, quod geſtum eſt. Reſtitutoria, quia reſtituitur actio amiſſa. Aliquando tamen nova actio datur quæ nunquam ante competit ut *L.* 43. *h. tit.* Unde quidam reſciſſoriam duplicem faciunt inſtitutoriam *d. L.* 43. & reſtitutoriam, vid. Mauric. *Cap.* 5.

5) Si ſcilicet contra uſucapionem. Nam & actio temporalis, cuius dies exiit, ipſa reſtituitur, per *L.* 1. *hoc t.* Et hoc quidem caſu manere directam actionem, quæ prius competit, vult Accurſ. quaſi quæ tempore ſublata non ſit, ſed adverſus præſcriptionem temporis replicari per in integrum reſtitutionem, & Mauric. *Cap.* 8 *n.* 3. Parl. d. t. *Rer. Quotid.* 1. §. 4. *n.* 6 Sed Anton. Fab. ad *L.* 35. §. *ult. hoc tit.* Si actio vere temporalis, prætoria vel ædilitia, tempore eam finiri; Non quia tempus modus tollendæ obligationis, ſed quia actiones eæ hanc naturam habent a voluntate prætoris qui introduxit. In actionibus vero perpetuis, quæ tempore perimuntur per præſcriptionem admittit opin. Accurſii. Quanquam & recta ac principaliter actio peti poſſit per in integrum reſtitutionem.

ſupra ubi Publicianam nominari oportebat, ibi nominata eſt, & indicatum, unde nomen, nempe in §. *namque, præcedenti*. Si & hæc erat Publiciana, idem & de nomine moneri cnnveniebat. Quod cum factum non ſit, magnum argumentum eſt idem huic actioni nomen, eundem auctorem non fuiſſe. Aut qnæro, cur cum in utroque genere pariter intereſſet id indicari, in uno tantum id factum ſit, in altero omiſſum? Ac ne putemus nominatim hic tantum Publlcianam actionem: etiam poſtea, quæ actiones certum nnmen habuerunt inter actinnes in rem prætorias, eas ſuis nominibns etiam ab auctnre natis appellavit, ut Servianam, & quaſi Servianam in §. *item Serviana ſupra*. Cur hic potius, ubi æque utile erat, omiſit? Sed & in his locis, in quibus hæc actio certo nomine deſignatur, ubique vocatur tantum reſciſſoria; nuſquam Publiciana, ut *L. nec non*, §. *ult. D. ex quib. cau. mai. L. ab hoſtibus captis*, *C. de poſt. re.* Stultum eſſer admodum, ſi hæc actio Pnbliciana nominaretur, omiſſo recto nomine aliud longius petitum ingerere. Quid, titulus de Publiciana in Digeſtis nnnne generaliter ita conceptus eſt, de Publiciana in rem actlone? De una tamen ſpecie toto eo titulo agitur; nempe ea actione, quæ & edicto eius tituli comprehenſa eſt, quæ datur ei, qui quid ex iuſta cauſſa & bona fide a non domino accepit, & nondum uſucaptum petit. Nuſquam mentio etiam tenuiſſima reſciſſoriæ illius, de qua agimus, quaſi eſſet ſpecies Publicianæ. Non fuit igitur hæc reſciſſoria iſtius generis ſpecies. Aut ſi fuit, magna duo peccata non tantnm in eo titulo, ſed in tota tractatione veterum de Publiciana admiſſa ſunt. Primnm quod propoſito genere ad dicendum, una ſpecies eins generis æque neceſſaria atque altera omiſſa eſt; & quidem ita, ut ne appellaretur quidem. Deinde quod ea ſpecies quæ illic traditur, sic traditur, ut nulla adiiciatur circumſcriptio, qua declaretur ſpeciem tantum Publicianæ ab auctoribus intelligi: qua non adiecta futurum erat, ut ab omnibus intelligeretnr de toto genere, id eſt, de omni ſpecie eius generis dictum eſſe, quod ad unam tantum ſpeciem pertineret. Sciamns igitur si quid in veternm ſcriptis certi aut recti eſt, reſciſſoriam quæ reſciſſa uſucapione datur, Publicianæ verbo non contineri, eoque Publicianam non eſſe. Quod cum ita sit; cum Paulns ita ſcribit in *d. L.* in honorariis: *ſed cum reſciſſa uſucapione redditur*; meminerimus ſubaudiendum eſſe, actio, de quo genere toto eo capite agebatur; non autem, Publiciana, quæ proxime nominatur. Quod si ad contextum reſpiciendum eſt; reperiemus etiam contextum hoc exigere, atqne adeo probare reſciſſoriam actionem Publicianam non eſſe. Nam adverſativa particula, *ſed*, declarat actionem diverſam a priore ſubiici. At si reſciſſoria iſta & ipſa Publiciana eſt, non recte diſtinguitur a priore Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Nam & reſciſſoria hæc datur eodem modo ad exemplum vindicationis, id eſt, actionis in rem civilis & directæ. Unde dicitur utilis, & hac ratione directæ opponitur, ut dixi, *d. L. ult. C. quib. ex cauſ. mai. d. L. ab hoſtibus captis. C. de poſt. re.* Reſtat igitur, ut si qua in re recte diſtinguitur hæc reſciſſoria a Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur, diſtinctio in eo sit, non quod reſciſſoria non detur eodem exemplo, ſed quod non sit Publiciana.

XV. His expoſitis, diligentius monendi ſumus eius, quod ſupra initio attigi, sic reſciſſoriam actionem de qua diximus, competere de re noſtra uſncapta, quam ſolam cauſſam hoc loco Iuſtinianus poſuit, ut non competat ex hac ſolum cauſſa; ſed generaliter de omni re noſtra aliis modis in alium translata, quæ translatio similiter iuſtis de cauſſis reſcindatur per in integrum reſtitutionem. Ideo erit hæc eadem in rem actio reſciſſoria de rebus noſtris, quas metu cnacti in alium tranſtulimus, tunc cum reſciſſa traditione ex edicto Quod metus cauſſa reſtituta erit actio, ut significatur in *L. metum*, 9. §. *volenti*, *D. quod met. cau.* Quod si recipimus in metu, etiam in iis recipiendum erit, quarum alienatio dolo malo expreſſa eſt. Idem probandum in actione in rem minori reſtituta. *L. in cauſſa*, 1. §. *interdum*, *D. de min.*

Item

Item ſi quis in fraudem.

§. VI.

Pauliana actio cur vulgo putetur hic notari. I.
Paulianam actionem hic defendi non poſſe. II.
In rem actionem hic proponi. III.
Pauliana non in rem, ſed in perſonam. IV.
Faviana & Pauliana ſimiles, & quid differant. V.
Theophilus notatus. VI.
Pauliana ex obligatione, & quæ. VII.
Paulianam non ſequi rei poſſeſſorem, nec eſſe in rem ſcriptam: & in quem detur. VIII.
Pauliana competit rebus in fraudem alienatis, etiam ſi bona debitoris nondum a creditoribus poſſeſſa ſint. IX.
De Prætorio pignore actio hoc loco creditoribus proponitur, & unde, ac quando hoc pignus. X.
Prætorii pignoris perſecutioni quæ creditoribus datur, totam huius loci deſcriptionem convenire. XI.
Prætorii pignoris perſecutionem creditoribus non dari, niſi re in fraudem creditorum alienata, & cur aliter in pignoribus conventionalibus. XII.
Prætorii pignoris perſecutio cur prodita de re alienata in fraudem creditorum bonis a creditoribus poſſeſſis, cum eo nomine etiam ſit Pauliana. XIII.
Prætorii pignoris cur perſecutio propria conſtituta, cum ſit hypothecaria de pignore. XIV.

Item ſi quis in fraudem creditorum rem ſuam alicui tradiderit; bonis eius a creditoribus poſſeſſis ex ſententia præſidis, permittitur ipſis creditoribus, reſciſſa traditione, eam rem petere, id eſt, dicere eam rem traditam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe.

I. QUam hie actionem proponat Iuſtinianus, paulo attentius, qnam hactenus ab interpretibus factum eſt, inquirendum puto. Non enim profecto poteſt defendi, quod ab illis uno ore receptum eſt, hic ſtatui Paulianam. Habet quidem ea actio nonnihil commune cum cauſſa actionis eius, quæ hic deſcribitur. Sed plura obſtant & certiora, quam ut huic loco poſſit convenire. Atque hinc vulgaris ſententia nata eſt, neque omnino temere. Nam de iis quæ in fraudem aliorum alienata ſunt, duo ſunt genera nota actionum prodita iure prætorio: unnm de iis, quæ alienata ſunt in fraudem creditorum, daturque ereditoribus ad ea revocanda: quæ actio vocatur Pauliana, *L. videamus*, §. *in Faviana*, *D. de uſur.* Alterum eſt de iis, quæ alienata ſunt a liberto in fraudem patroni: hæc Faviana & Calviſiana appellatur. *L.* 1. §. *utrum*, §. *ſi pluribus*. *L.* 2. *D. ſi quid in fraud. patr.* Sic ergo noſtri illi ratioeinati ſunt. Loquitur Iuſtinianus hoc loeo de eo, qui in fraudem creditorum rem ſuam alieui tradidit, ad quam revoeandam etiam dat actionem ereditoribus, quorum in fraudem tradita eſt. Neceſſe eſt igitur alterutrum genus actionis intelligi, aut Paulianam, aut Favianam ſeu Calviſianam. Conſtat Favianam non proponi: quando hæc competit de rebus alienatis in fraudem patroni. Ita reſtat Pauliana, quam deſignet, quam & ipſam de rebus in fraudem creditorum alienatis propoſitam edicto eertum eſt. Exſtat edictum de hoc genere in *L.* 1. *D. quæ in frau. cred.* Actionia vis & poteſtas magis intelligitur ex interdicto, quod ex ea eauſſa redditur, exſtatque in *L. ait*, *D. eod.* Et omnino ita dicendum ſuit, ſi de his qnæ in fraudem ereditorum alienata ſunt, non alia ſuit actio ereditoribus, quam Pauliana. Sed ſi eſt alia, quam eonſtet eſſe in rem, eui eidem conveniat deſcriptio huius loei: ſpero apud omnes ſacile obtinebimus, eommittendum non eſſe, ut hac omiſſa aceipiatur hie Pauliana, eui neutrum illud ſuperius vel ipſis aſſentientibus ſatis convenit. Vident enim omnes, quid hie obſtet Paulianæ, in quo etiam diluendo laborant, nee ullo modo inter ſe eonſentiunt. Sed alia non occurrebat; neque vero alia ſuit uſitata in hoc genere, quæ proprio aliquo titulo, aut eerto loco ex profeſſo traderetur, quam ſuperior. Ideo omiſſo omni

labore alterius quærendæ in Pauliana conſtiterunt, & huc ſolum converterunt orationem, ut quæ huic videbantur obſtare, removerent. Detur alia non incommoda: non dubium, quin hanc fuerint omiſſuri. Quænam ergo eſt iſta alia?

II. Dicam poſtea, ſi quod in præiudicata iſta aliorum ſententia nobis obſtat, prius removero, & oſtendero, quod initio propoſui, non poſſe Paulianam hoc loco defendi. Non litigo de verbo Paulianæ. Eam dico, quæ a noſtris dicitur Pauliana, & de qua agitur ſub titulo *quæ in frau. cre.* *D.* ſive quis hanc Paulianam dici velit, ſive malit in factum, ut eſt in *L. hac in factum*, *D. eod. tit.* Aio hanc huic loco convenire non poſſe, etiam ſi maxime de rebus in fraudem creditorum alienatis non eſſet alia actio. Tria ſunt, quæ Iuſtinianus de actione hic propoſita ſtatuit huc pertinentia, quibus detur hæc actio, adverſus quos, & qua ex cauſſa. Primum vult actionem eſſe in rem. Deinde ſic dari, ſi res in fraudem creditorum alienata ſit, nec fraudis participationem in accipiente exigit. Poſtremo dari ſolum bonis a creditoribus poſſeſſis ex ſententia præſidis. Omnia hæc contra in actione Pauliana, ſeu ea quæ in factum eſt ex eadem cauſſa. Non ergo Paulianam aut actionem iſtam in factum Iuſtinianus ſtatuit.

III. Primum illud conſtare debet Iuſtinianum hic proponere actionem prætoriam, quæ ſit in rem, non in perſonam. Non exprimit id quidem hoc loco, non magis quam in hypothecaria actione, de qua *§. ſequenti* ſubiicit. Sed ideo, quia in neutra fuit neceſſe: ſatis enim ex præcedentibus & ſequentibus intelligebatur. Propoſuerat enim ſupra in *§. ſed iſtæ*, quaſdam eſſe actiones item prætorias, quæ non minus quam civiles eſſent tam in rem, quam in perſonam, quas & ipſas conſtituiſſet exemplis oſtendere. Ac primum quæ in rem erant propoſuit, ut exempla continenter ſubiecta probant: deinde quæ erant in perſonam, ut declarat in *§. in perſonam*. Atque in his quæ ſunt in rem, numerat hanc de qua agitur, & hypothecariam quæ ſequitur. Et quidem ita numerat, ut neget eſſe in perſonam, ut apparet ex *d. §. in perſonam*. Illic enim ita ſcribit: *in perſonam quoque actiones ex ſua iuriſdictione propoſitas habet prætor*. Vis hæc eſt coniunctionis, ut res diverſas copulet. Itaque hoc ſignificat non tantum in rem actiones eſſe ex iuriſdictione prætoris de quibus ea uſque dixerit, ſed etiam actiones in perſonam; cuius generis ſunt, quæ ſequuntur. Quod cum non difficile eſſet videre, etiam Theophilus hic poſuit, & diſerte ſcripſit actionem, quæ hic proponitur, & ipſam a prætore inventam, & in rem eſſe, ut ſuperiores.

IV. At certe Pauliana non eſt in rem actio, ſed in perſonam. In rem quidem non eſſe, non aliunde melius intelligetur, quam ex iis, quæ ſunt propria utriuſque generis. Actionis in rem proprium hoc eſt, ut ſequatur eius rei poſſeſſorem: ut ſi quis rem poſſidet, is teneatur actione, quanvis cum actore nihil contraxerit, aut deliquerit: ſi quis autem non poſſidet, non tenetur. *L. actionum*, *D. de obl. & act.* *L. qui petitorio*, *D. de rei vind.* *L. ſi fundus*, *§. in vindicatione*, *D. de pig.* *L. 2. C. ſi un. ex plur. her. deb.* Utrumque contra in Pauliana iſta & in factum actione. Poſſidet quis quod in fraudem creditorum alienatum eſt ex cauſſa oneroſa? non tenetur, niſi & fraudis particeps fuerit. *L. 1. L. ait.* *D. quæ in frau. cre.* *L. pen. C. de revoc. iis quæ in fraud. cred.* Uſqueadeo, ut quanvis is qui a debitore in fraudem creditorum ſciens rem emit, eam rem iterum alii bona fide ementi vendiderit, placeat ſecundum emptorem non teneri: nec in ea re ſpectari poſſeſſionem, ſed dolum eius qui admiſit. *L. is qui a debitore*, *D. quæ in fraud. cred.* E converſo ſunt, qui non poſſideant, nec dolo malo deſierint poſſidere; tamen teneantur Pauliana actione. Datur enim hæc actio non ſolum heredi cæteriſque ſucceſſoribus; ſed etiam in heredes, ſimileſque perſonas. *L. ait*, *in fin.* *D. quæ in fraud. cred.* Non minus hoc, quam prius illud, ab actionis in rem natura abhorrens. Adeo enim hæc adverſus eum non datur, qui non poſſidet, ut nec detur in heredes eius, qui poſſedit, ſi ipſi non poſſideant. *L. ſi in rem*, 2. *D. de rei vind.* Hæc iam certiſſimo argumento ſunt Paulianam & iſtam in factum actionem, de qua loquimur, in rem non eſſe. Non minus & hoc certum, ſi probetur eſſe in perſonam: quando actiones in rem, & in perſonam toto genere inter ſe diſtant, & non tantum diverſis, ſed & contrariis ex cauſſis naſcuntur. *§. 1. ſupra.* *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Paulus inter actiones in perſonam hanc actionem non obſcure numerat in *L. videamus. 2. §. in Faviana. D. de uſur.* qui cum initio propoſuiſſet videndum, quando in actione quæ eſt in perſonam, etiam fructus veniant, exemplis deinde variis eius generis utens,

inter

inter cæteras actiones Favianam quoque & Paulianam, per quam quæ in fraudem creditorum alienata ſunt, revocantur, recenſuit in *d. §. in Faviana*, his verbis bis Paulianam actionem in perſonam eſſe indicans: & quod de actionibus in perſonam quæſtione poſita, exempli loco hanc attulit: & quod eodem loco has actiones tanquam unius generis inter ſe coniunxit, Favianam & Paulianam: de quarum altera, quin ſit in perſonam, nemo ambigit: ita diſerte id ſcriptum eſt in *L.* 1. *§. hæc actio, D. ſi quid in fraud. patr. Hæc actio*, inquit Ulpianus de Faviana loquens, *in perſonam eſt, non in rem: & in heredem competit, & in cæteros ſucceſſores, & heredi, & cæteris ſucceſſoribus patroni.*

V. Ut de Pauliana nuſquam idem aut ſcriptum aut ſignificatum eſſet: tamen vel huius exemplo poſſet idem de Pauliana conſtare. Ambæ enim ex eadem cauſſa: de iis nimirum quæ in fraudem alienata ſunt revocandis: Faviana ſi quid in fraudem patroni: *L.* 1. in princ. *D. ſi quid in frau. pat.* Pauliana, ſi quid in fraudem creditorum. *d. L. videamus, §. in Faviana, de uſur. L.* 1 *L. ait, quæ in frau. cred.* Nec diſſimiliter Pauliana ut heredi, ſic & in heredem, ſimilesque ſucceſſores datur, ut ante dixi. *L. ait*, in fin. *quæ in frau. cred.* Quæ cum omnia ſint in utraque ſimilia, eaque actionis genus non diſtinguant: non poteſt, ſi Faviana in perſonam eſt, ut eſt, quin ſit & Pauliana. Niſi forte quis dicat inter has actiones hoc intereſſe, quod actio Faviana de iis quæ in fraudem patroni alienata ſunt, datur etiam in eum qui fraudis conſcius non fuit: *L.* 1. *§. dolum, D. ſi quid in frau. pat.* Pauliana autem in eum ſolum, qui ſcivit & fraudem participavit. *L. ait*, in princ. & *§.* 1. *quæ in frau. cred.* At hoc tanto magis arguit Paulianam eſſe in perſonam: Hoc enim ſignificat hanc actionem non propter rei poſſeſſionem dari, ut illa, quod propius ad actiones in rem accedit: ſed dari propter delictum perſonæ: ex quo genere actiones in perſonam. *§.* 1. *ſupra eod.*

VI. At Theophilus & Paulianam hic eſſe dicit, & eandem in rem eſſe. Scio: neque id Theophilus tantum facit; ſed & plerique alii docti viri, quibus non minus tribuo. Sed non quid illi, ſed quam vere, quæritur: certe & naturam actionis in rem, & iuris auctoritatem refragari conſtat. Hæc vero eſt, quæ in iuris quæſtione apud nos valere debet, non cuiuſquam alterius, qui ab his diſſentiat.

VII. At ſi Pauliana eſt in perſonam, erit etiam ex obligatione, ſeu adverſus eum, qui nobis obligatus eſt, ut eſt natura huius generis actionum. *§.* 1. *ſupra eod. L. actionum, D. de obl. & act.* Unde ergo obligatio eius, qui in fraudem alienatum poſſidet, ut dici poſſit creditoribus eſſe obligatus, cum quibus nullum negotium geſſit? Ex delicto, ſi quidem fraudis particeps fuit, ut iam dixi: ſi non eſt particeps; tamen & hic quoque ex delicto. Eſt enim genus delicti, ſi admonitus rem in fraudem creditorum alienatam eſſe a debitore, tentat id retinere adverſus creditores fraudatos. Quod factum ſimiliter improbat prætor, ut eius qui rem ab alio vi extortam bona fide accepit, & poſſidet, ac conventus eo nomine, non reddit: adverſus quem ob id factum datur actio, Quod metus cauſſa. *L. metum, §. ult. L. item, §. in hac actione, D. quod met. cauſſ.* Quamobrem & hæc ipſa in perſonam eſſe dicitur. *§. præterea, infra eod.* de quo dixi ad *§.* 1. ad illa verba; *in duo genera diducitur, ſupra.* Non eſt igitur Pauliana actio in rem, ſed in perſonam. Quo poſito, non debuit ab Accurſio admitti nihilominus de ea agi hoc loco, quaſi contempto ordine actionum utriuſque generis recenſendarum. Prohibet enim, ut dixi, Iuſtinianus, qui in *§. in perſonam.* teſtatur ſe ad actiones prætorias, quæ in perſonam ſunt, tranſire: ſatis aperte ſignificans priores de quibus egit, in rem eſſe, non in perſonam. Nihil ad defendendam hic Paulianam actionem facit, quod quidam fatentur quidem eam in perſonam eſſe; ſed hoc habere dicunt ex actione in rem, quod ſit in rem ſcripta, quia ſequatur poſſeſſorem, ut actio quod metus cauſſa. *d. L.* 9. *§. ult. D. quod met. cauſſ.*

VIII. Neque enim verum eſt eam ſequi poſſeſſorem: non enim ſequitur niſi his conditionibus, ſi aut fraudis ſit conſcius, aut rem ex lucrativa cauſa acceperit. *L. ſi is qui a debitore, D. quæ in fraud. cred. L. pen. C. de revoc. his quæ in fraud. cred.* In quo iam non poſſeſſionis ſolius, ſed alius facti poſſeſſoris ratio habetur. Et ut ſequeretur hæc actio poſſeſſorem, atque hoc modo in rem ſcripta dici poſſet: confirmaret hæc defenſio reprehenſionem, non vitaret. Actio enim Quod metus cauſſa, etſi in rem ſcripta alicubi dicitur, *d. L.* 9. *§. ult. quod met. cauſſ.* nihil tamen niſi in perſonam eſt. *§. præterea, infra eod.* Sed ut dederimus admitti poſſe hoc loco actionem in perſonam, neque ordinem a Iuſtinia-

no

no inſtitutum repugnare: tamen, ut propoſui, ne ſic quidem Pauliana actio convenire poteſt huius loci deſcriptioni. Pauliana actio non proponitur, ſi quid tantum alienatum ſit in fraudem creditorum: ſed ita ut dixi, ſi is etiam, qui accepit, ſciverit, & fraudem participaverit. *L.* 1. *L. ait prætor*, in prin. & §. 1. *D. quæ in frau. cred.* aut si quid in fraudem creditorum alienatum ſit ex cauſſa lucrativa: quo caſu etiam adverſus ignorantem creditoribus conſulitur. *d. L. ait*, in princ. *D. quæ in frau. cred. L. pen. C. de rev. iis quæ in frau. cred.* At actio hoc loco propoſita ſimpliciter proponitur ex hac cauſſa, si quid debitor in fraudem creditorum tradiderit, neque fraudis conſcientia in accipiente exigitur.

IX. Ad extremum quod præcipue notandum eſt, Pauliana actio competit rebus in fraudem creditorum alienatis, ſive bona a creditoribus poſſeſſa ſint, ſive non ſint, ut intelligere eſt ex *L. ſi quis cum*, & *L. omnes*. §. 1. *D. quæ in frau. cred.* Hic autem proponitur actio, quæ rebus quidem in fraudem creditorum alienatis competat; ſed alienatis tunc, cum iam bona debitoris a creditoribus poſſeſsa eſſent ex ſententia præſidis. Ita ſit plane, quod initio dixi, ut non proponatur Pauliana hoc loco, & alia ſi qua eſt, hic omnino quærenda ſit.

X. Res autem iudicio meo ſic habet. Bonis debitoris a creditoribus poſſeſſis; ſi res aliqua ex his a debitore in fraudem creditorum alienata ſit, eſt quidem ea de re prodita creditoribus Pauliana actio ad revocandum, quod alienatum eſt: eſt & in factum, ſi tamen & hæc Pauliana non eſt: ambæ in perſonam, ut oſtendi. Sed eſt & ex eadem cauſſa actio in rem creditoribus pignoris prætorii perſequendi cauſſa, quod ex iſta poſſeſſione bonorum natum eſt. Ac de ea actione in rem hic agitur. Sic autem iſta poſſeſſio, & ex ea poſſeſſione pignus contingit, quod dicimus. Ex tribus cauſſis, ex quibus in poſſeſſionem bonorum alicuius mitti ſolet, una eſt rei ſervandæ cauſſa; cum creditores ſervandi debiti cauſſa mittuntur in poſſeſſionem bonorum debitoris. *L.* 1. *D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Id ita ſit, nam ſi debitor latitet, neque defendatur, mittit prætor poſtulantes creditores in bona, ſeu in poſſeſſionem bonorum eius: ut ſi debitor intra tempus a prætore præſtitutum venire iuſſus non adſit, etiam permiſſu prætoris bona diſtrahantur. *L. Fulcinius*. §. 1. *D. quib. ex cauſ. in poſſ. ea. L. cum proponas*, *C. de bon. auct. iud. poſſ. L. item ait*, § *hæc autem*, *D. ex quib. cauſſ. mai. L. ſatiſque*, *D. de in ius voc.* Sed etſi debitor non latitet, ſi poteſtatem ſui non faciat, neque defendatur, non iubentur quidem ex hac cauſſa bona diſtrahi: ſed tamen etiam ex hac cauſſa mittuntur creditores in poſſeſſionem bonorum debitoris. *d. L. item ait*, §. *hæc autem*, *ex quib. cauſ. mai. d. L. ſatiſque*. Tribuit hæc miſſio, ut & ex cæteris ſimilibus cauſſis, non poſſeſſionem veram, & quæ proprie ita dicitur, cum quis aut iure domini, aut domini opinione & affectu poſſidet; ſed nudam detentionem rerum: denique cuſtodiam rerum & obſervationem. *L. cum legatorum*, *D. quib. ex cauſ. in poſ. ea. L.* 3. §. *ult. D. de acq. poſ.* Quod ſi miſſi creditores in poſſeſſionem iuſſu magiſtratus, etiam in poſseſsionem venerint, adfert hoc ſecum iuſſus prætoris, cui paritum fuerit, ut conſtituatur creditoribus in omnibus bonis debitoris, pignus, quod in uſu iuris dicitur prætorium, ut a prætore, aut iis qui ſimili poteſtate præditi ſint, conſtitutum. *L. non eſt mirum*, *D. de pig. act. L. ult. C. de præt. pig. L. miſſo*, *D. pro. empt.* Huius pignoris retinendi cauſſa exceptionem eſſe creditoribus in poſſeſſione bonorum manentibus inter omnes ſemper conſtitit. At ſi forte creditor poſſeſſionem amiſiſſet, vetus fuit dubitatio, an quemadmodum recuperandi pignoris conventionalis cauſsa erat in rem actio prodita creditori; ſic eſse deberet & de prætorio pignore: placebatque non eſse: certe de eo ius fuit controverſum. Teſtis Iuſtinianus in *L. ult. C. de præt. pig.* qui primus hanc perſecutionem & de prætorio pignore in ea conſtitutione dedit, & ſe exemplo pignoris conventionalis in eo uſum eſſe teſtatur. Fuiſse tamen & hanc actionem in rem iam olim de eo pignore conſtitutam quibuſdam caſibus, ſatis declarat ibidem, cum conſtituat eam actionem etſi creditor ſua culpa poſseſſione ceciderit, non fortuito caſu. Sic enim ſignificat in eo hæſiſse dubitationem veterem, an ſi culpa ſua amiſiſset creditor poſseſſionem prætorii pignoris, illi perſecutio dari deberet: cæterum ſi ſine culpa caſu aliquo amiſiſset, etiam prius illi iure vetere in eam rem conſultum fuiſse, habuiſseque eum hic quoque actionem in rem conſtitutam. Hæc vero illa eſt ſpecies actionis in rem de prætorio pignore, quam hic tradi intelligere debemus. Aut enim ea prius nulla fuit: aut ſi fuit aliqua, omnino eam fuiſse oportet, quæ hic proponitur.

Digitized by Google

XI. Quod certius intelligetur, ſi animadverterimus in eam quadrare omnia, quæ actioni hic intellectæ tribuuntur. Proponit Iuſtinianus actionem in rem. Et hæc actio quam dicimus, in rem eſt, utpote de pignore; cuius perſecutio eſt in rem. *L. pignoris*, *D. de pig. L. pignoris C. eod.* Prætoriam intelligit Iuſtinianus. Et hæc perſecutio prætoria: non ſolum quia de pignore actio eſt ex iure honorario: *L. ſi tibi*, *§. de pignore*, *D. de pact.* ſed etiam quod prætor ſeu magiſtratus prætorium pignus conſtituit. *d. L. non eſt mirum*, *de pig. act.* nec fruſtra conſtituit, ſed ut poſſidenti retinere, amiſſa autem ſine culpa poſſeſſione, id perſequi liceat. Cætera hic expreſſa plane conſentiunt. Datur hæc actio bonis a creditoribus poſſeſſis: quia non aliter pignus hic contrahitur, quam bonis ita poſſeſſis, *d. L. non eſt mirum.* unde nec aliter actio in rem de pignore. Datur, ſi debitor rem ex his bonis alicui tradiderit: non quod ſi alius tradiderit, non detur; ſed quia placuit dari poſſe etiam ſi debitor ipſe tradiderit, & rem alienarit: quo caſu exſiſtebat iuſta dubitatio veteribus, num & hic danda eſſet creditoribus pignoris prætorii perſecutio: non ſolum quod miſſi ſunt in poſſeſſionem rerum, quam in re alienata amiſerunt; ſed multo magis quod miſſi ſunt in bona debitoris: nunc autem res debitoris eſſe deſiit, poſtquam alienata eſt. Sed placebat nihilominus & hic actionem in rem eſſe, qua ut hic ſcriptum eſt, permittitur creditoribus reſciſſa traditione eam rem petere, id eſt, ita petere, ut perinde habeatur, quaſi nec tradita eſſet a debitore; ſed in bonis eius manſiſſet. Quod eo pertinet, ne forte noceat creditoribus hæc exceptio, ſi dicatur eos non iure ſuo rem perſequi, qui cum iuſſi ſint cuſtodire & obſervare res debitoris, nunc perſequantur eam rem, quæ debitoris eſſe deſierit. Sed adverſus hanc exceptionem iuſta replicatio eſt, prius conſtitutum eſſe pignus, quod debitor creditoribus facto ſuo non potuit auferre. *L. debitorem*, *C. de pig.* de eo pignore hanc eſſe perſecutionem.

XII. Unum hoc non videtur perſecutioni prætorii pignoris convenire, quod datur hic actio, ſi res tradita ſit a debitore in fraudem creditorum. Nam ſi pignus hic eſt, & de eo pignore perſequendo hic agitur, non recte adiicitur hæc conditio: conveniebat enim hanc actionem dari de pignore, quocunque modo, & quocunque animo traditum aut alienatum eſſet a debitore: quoniam ita ius eſt, debitorem neque vendentem, neque donantem, neque quovis alio modo rem alienantem, poſſe facere deteriorem conditionem creditoris, aut eius perſecutionem impedire. *d. L. debitorem*, *C. de pignor.* Et in cæteris pignoribus, quæ conſenſu contrahuntur, hoc ita eſt. Proprium hoc eſt huius pignoris prætorii, quo de agitur, ut ſi debitor rem ex bonis poſſeſſis non in fraudem alienarit, rata ſit alienatio, nec poſſit a creditoribus revocari. Tunc enim intelligitur res non in fraudem creditorum alienata, cum debitor non donavit, ſed vendidit, ut bonum patremfamilias decet, & rem bene geſſit, & pecuniam ad creditores aut curatorem bonorum retulit. Quod cum fecit, non mirum, si nulla ſupereſt actio de ea re creditoribus: quoniam eo modo de ea re illis ſatisfactum eſt. Satisfactum eſt etiam legi pignoris: conſtitutum enim erat rei ſervandæ cauſſa. At re ita diſtracta, ut diximus, creditores rem, id eſt, id quod ſibi debebatur, hactenus ſervarunt. Ad hæc ſi debitor ſolvendo eſt, non videtur res in fraudem alienata. *§. prævaluiſſe*, *ſupra quib. ex cauſ. mai. non lic.* Hactenus autem ſolvendo eſt debitor, ſi eſt ex re alienata, unde creditoribus ſatisfiat. Certe non debent creditores eam alienationem revocare, qua non revocata, non minus habeant, quod requirunt: non enim malitiis eſt indulgendum. *L. in fundo*, *D. de rei vind.* Sed ut ad perſecutionem huius pignoris exigimus, ut res alienata ſit in fraudem creditorum: ita obſervemus, cum hoc factum erit, nihil hic amplius deſiderari ad rem alienatam hac actione revocandam. Recte: eſt enim actio in rem, qua nunc agitur. Actio in rem cum detur ſemper adverſus poſſeſſorem, *L. actionum*, *D. de obl. & act.* ſi quis hic rem alienatam poſſidet, ſatis eſt; hac actione tenebitur: nec requiremus, utrum fraudis particeps fuerit, qui accepit, an non fuerit. Itaque & qui primo a fraudatore debitore accepit ignarus fraudis, tenebitur hac actione, ſi poſſidet. Et ſi alii item quanvis bona fide accipienti tradiderit, etiam poſterior hic tenebitur, ſi poſſidebit. Qui ſi ſine dolo malo poſſidere deſierint, continuo deſinent teneri.

XIII. Atque hinc licet intelligere, ubi bonis a creditoribus poſſeſſis res a debitore in fraudem creditorum alienata eſt, cum ſit ex ea cauſſa actio Pauliana & in factum prodita creditoribus, cui bono fuerit, & hanc actionem in rem ut de pignore prætorio dari. Nempe quia hæc in rem

rem actio bonis Iam poſſeſſis eſt plenior & commodior. Nam Pauliana & ex eadem cauſſa actio in factum tunc ſolum datur ad revocanda ea, quæ in fraudem creditorum alienata ſunt, cum qui accepit, fuit fraudis particeps, aut rem ex lucrativa cauſſa accepit. *L. ait*, in pr. §. 1. *L. is qui a debitore*, *D. quæ in frau. cred. L. pen. C. de revo. his quæ in frau. cred.* Sed & utraque actio datur intra annum, quo primum de ea re experiundi poteſtas erit, *d. L.* 1. *L. ait. L. hac in factum*, *D. quæ in frau. cred.* At hæc in rem actio de pignore, de qua agimus, uihil amplius exigit, quam fraudem debitoris in alienatione. Proinde quiſquis eam rem poſſidere reperietur, ſive fraudis particeps erit, ſive non erit; & ſive oneroſa ex cauſſa rem poſſidebit, ſive ex lucrativa; hac actione convenietur. Sed & actio cum ſit de pignore, neceſſe eſt & creditoribus tamdiu durare, quandiu pignus conſtabit: quod non prius diſſolvetur, quam illis ſatisfactum fuerit.

XIV. Illud quæretur fortaſſe, ſi actionem hic intelligimus, quæ ſit de prætorio pignore, quid opus fuerit eam diſtingui ab hypothecaria, de qua agitur in §. *item* ſeq. immo vero quam recte hæc ſtatuatur alia, quæ eſt eadem: cum ſit hæc etiam pignoris perſequendl cauſsa. Sed hypothecaria proprie eſt de pignore, quod eſt ex conventione, aut ſi quod eſt, quod ex voluntate domini proficiſcltur, ut definitiones pignoris & hypothecæ traditæ in *d.* §. *item*, ſeq. declarant. In alia cauſſa habitum fuiſse pignus prætorium, quam conventionale, quod ad ius perſequendi piguoris attinet, teſtis eſt, ut ante dixi, Iuſtinianus, qui ideo pignoris prætorii poſseſſione amiſsa, similiter actionem dedit, ut eſt de pignore conventionali, quia ante diverſum ut in rebus diſſimilibus obtinebat. Sed & hodie meminerimus in his generibus circa actionem in rem de pignore, hoc eſse diſſimile; quod re pignori obligata alienata a debitore, ex cæteris cauſſis nihilominus durat pignoris perſecutio, quocunque modo res ſit alienata: in cauſsa prætorii pignoris nón aliter, quam ſi res in fraudem creditorum alienata fuerit: cuius rei rationem ſupra expoſui: ut appareat merito ſpecies iſtas actionum de pignore eſse his locis diſtinctas, quas res ipſa tam aperte ſepatavit.

Item Serviana.

§. VII.

De pignore actio in rem prætoria, cui, adverſus quem, cuius rei cauſſa. I. *Serviana quæ, & de quibus rebus.* II. *Quaſi Serviana, & hypothecaria quæ, & unde dicta.* III. *Pignus & hypotheca quid, & quid alterum ab altero differat.* IV. *Pignus & hypotheca quibus modis conſtituantur.* V.

Item Serviana, & quaſi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipſius prætoris iuriſdictione ſubſtantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quaſi Serviana autem eſt, qua creditores pignora hypothecaſve perſequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil intereſt. Nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut ſit pro debito obligata: utraque hac appellatione continetur: ſed in aliis differentia eſt. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maxime ſi mobilis ſit. At eam, quæ ſine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

I. PRoponitur ad extremum hoc loco actio in rem de pignore. Hæc a prætore eſt. *L. ſi tibi. §. de pignore, D. de pact.* Ex iure quidem civili eſſe non poteſt: cum ut ſupra ſcriptum eſt in *§. namque, eod.* ita ſint proditæ iure civili actiones in rem, ſi quis dominium ſuum vindicet. Actio in rem eſt. *L. pignoris, C. eod.* creditoribus conſtituta pignoris perſequendi cauſſa, ut hic declaratur. Et quia in rem, hinc ſatis intelligimus competere eam adverſus omnem, qui pignus poſſidet, aut dolo malo deſiit poſſidere. *L. ſi fundus, §. in vindicatione, D. de pig. L. 2. C. ſi un. ex plu. her. cred.* Actionis exitus hic, ut qui convenitur, neceſſe habeat aut creditoribus agentibus ſolvere, aut rem de qua agitur, reſtituere: alioqui quanti ea res eſt, condemnatur: quo modo, declaratur in *d. L. ſi fundus, §. in vindicatione, de pig.* Hæc duplex eſt, ut hic traditur; Serviana, & quaſi Serviana, quæ eadem hypothecaria appellatur.

II. Serviana, ut analogia indicat, dicta ab auctore, uti Publiciana. De qua in *§. namque*, in fin. *ſupra eod.* Hac experitur quis de rebus coloni, ut hic ſcriptum eſt; id eſt locator agri de rebus eius, qui agrum colendum conduxit. *L. res pignoris, D. de acq. poſſ.* Et additur, de rebus coloni, quæ pignoris iure pro mercedibus fundi locatori tenentur. Qua adiectione non illud ſignificatur, res omnes coloni pro mercedibus fundi locatori obligatas eſſe: ſed ſi quæ res coloni pro mercedibus tacite tenentur, de his Servianam hanc competere; ut ſit hic relativum, *quæ*, non demonſtrationis, ſed diſtinctionis cauſſa additum. Non enim ſtatim pro mercedibus fundi res omnes coloni pignori obligantur. Tacite autem hæ tenentur, in quo genere pignoris Serviana locum habet: Primum fructus fundi, qui ibi naſcuntur; & hi citra ullam conventionem domini aut voluntatem. *L. in prædiis, D. in quib. cauſſ. pig. vel hyp. tac. contr.* Deinde invecta & illata in fundum, ſi aut ut pignori eſſent, nominatim convenerit; *L. eo iure, D. eod.* aut voluntate domini fundi illata ſint, ut eſt in *L. certi, C. loca.* Voluntate domini inducta ſic accipiemus, ſi dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur, ut docui in commentario de pignoribus, *tit. in quib. cauſſ. pig. tac. cont.*

III. Quaſi Serviana, & hypothecaria eſt, quæ de reliquis rebus pignori obligatis competit, ut hic indicatur. Quaſi Serviana

viana dicta, quod cum Serviana illa propoſita eſſet in edicto a prætore: poſt deinde de cæteris pignoribus actio cœpit inſtitui ad exemplum prioris illius Servianæ. Hypothecaria autem a reipſa, quam actio perſequitur: hæc enim perſequitur hypothecam, ſeu pignora. Hinc quod ad cognitionem actionis neceſſe erat, de verbo pignoris & hypothecæ docet Iuſtinianus, quid ſit pignus, & hypotheca; ſimul quid alterum ab altero differat.

IV. *Pignus eſt*, inquit, *res omnis de qua inter creditorem & debitorem convenit, ut ſit pro debito obligata*. Quod ait, *de qua convenit*; magis exempli cauſſa additum eſt, quam quod conventio ad definitionem pertineat; multa enim genera pignorum eſſe conſtat, quæ conſtituuntur ſine ulla conventione, de quibus paulo poſt. Erit ergo pignus generaliter, res omnis creditori pro debito obligata. Hypothecæ eandem appellationem eſse ſcribit. *Sed hoc*, inquit, *quantum ad hypothecariam actionem attinet:* alioqui, ut ſubiicit, ſi ſignificationem & proprietatem verborum ſpectamus, inter utrumque hoc intereſt, quod pignus eſt, cum ſimul res traditur creditori, maxime ſi mobilis ſit: hypotheca autem res, quæ ſine traditione, nuda conventione tenetur. Sumptum ab etymologia & origine utriuſque verbi, dictum eſt enim pignus a pugno, ut ſit res quæ tradatur manu, ac velut pugno. *L. plebs*, *§. pignus*, *D. de ver. ſig.* Unde maxime proprie id dicitur de re mobili, in quam ſolum cadit, ut pugno capiatur. Sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum poſseſſio itidem tradatur creditori. Hypotheca autem verbum græcum eſt [illegible], quod latini uſu ſuum fecerunt: idem valens, quod obligationi & nexui ſubiectum: ut appareat verbum generale eſse, ad utramque ſpeciem rerum pignori oppoſitarum pertinens, tam quæ traditæ ſunt, quam quæ non ſunt traditæ. Sed tamen, inquit Iuſtinianus, eam rem quæ ſine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus: nempe verbo generis ad ſpeciem pignori contrariam contracto; quod intelligi neceſse eſt, cum hypotheca a pignore diſtinguitur; ut accidit in verbo adoptionis, actionis, & aliis innumeris, modo generis, modo ſpeciei ei generi ſubiectæ ſignificationem obtinentibus. *L. 2. D. de adop. L. pecuniæ*, *§. actionis*, *D. de ver. ſig.* Eadem horum verborum differentia traditur in *L. ſi rem*, *§. proprie*, *D. de pig. act.* Quæ cum ſit eiuſmodi, qua alterum ab altero tam aperte diſtinguatur: an non contrarium eſt, quod eodem hoc in loco paulo ante Iuſtinianus ſcribit, inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet; nihil intereſse? an non multo magis illud Marciani ſimpliciter dictum, inter pignus & hypothecam tantum nominis ſonum differre? *L. res hypothecæ*, *§. ult. D. de pig.* Immo diverſis rationibus, & iis quas iuris auctores hic intelligunt, utrumque recte dicitur. Et hæc ſumma eſt; re hæc diverſa ſunt: effectu iuris eadem. Re diverſa, quæ non tantum verborum numero ac ſono diſtinguuntur, ſed res diverſas ſignificant. At nihilominus effectu iuris eadem; quia & res ipſæ natura ſua diverſæ, iure tamen idem valent. Res enim pignori oppoſita tantum tribuit creditori in iure pignoris etſi tradita non ſit, quantum ſi eſſet tradita; nec plus quæ tradita eſt, quam quæ non eſt tradita. Ius namque pignoris poſitum eſt in pignoris perſecutione ſeu hypothecaria actione, & in eius actionis commodo: quo ſcilicet rem perſequenti, cum conſecutus fuerit, poſſidere, poſſeſſam vendere & tradere emptori licet. Hæc autem actio & perſecutio, & ſi quod eſt commodum ei actioni adiunctum, tam datur ei, cum quo convenit de pignore ſine traditione, quam ei cum quo ita convenit, ut ſimul ei traderetur rei poſſeſſio. *L. ſi tibi*. *§. de pignore*. *D. de pact.* Iure igitur, ſeu effectu iuris, hæc ſunt eadem. Et hoc eſt, quod Iuſtinianus hoc loco ſcribens inter iſta nihil intereſſe, quantum ad hypothecariam actionem attinet: ſcilicet quia hæc utrique generi pariter tribuitur; in ea autem eſt is effectus iuris, ſeu id commodum, quod cum de iure quæritur, in pignore ſpectare debemus. Ex hoc effectu illud dictum eſt ab Ulpiano in *L. 1.* in pr. *D. de pig. act.* pignus contrahi non ſolum traditione, ſed etiam nuda conventione, etſi non traditum eſt. Contrahendi verbum ad ius refertur, & ibi valet, ubi ex conventione vinculum iuris naſcitur. Recte ergo dictum etiam nuda conventione pignus contrahi, cum pignus conventione obligatur & adſtringitur iure; & iure obligationem & actionem parit. Hoc eodem ſenſu dictum eſt illud a Marciano, Inter pignus & hypothecam tantum nominis ſonum differre. *d. L. res hypothecæ*. *§. ult. de pig.* Sane vero inter hæc nihil intereſt, cum de iure harum rerum quæritur. Quod ſentiebat Marcianus, qui de his ſcribebat ad formulam hypothecariam, id eſt,

ad

ad hypothecariam actionem, ut indicat inſcriptio *d. L. res hypothecæ*. Solum hoc conſtituendum eſt, quando, & quomodo res quæque pro debito obligetur, ut ſit pignus & hypotheca: de quo pluribus ſcripſimus in commentario de pignoribus, nunc breviter ſummam perſtringam.

V. Pignus omne aut lege conſtituitur, aut hominum opera & facto. Lege, cum favore perſonæ, aut cauſſæ, de qua agitur, pignus tribuitur creditori; ut fiſco in bonis debitorum fiſci. *L.* 1. *L.* 2. *C. in quib. cauſſ. pig. tac. cont.* Ut pupillis & adoleſcentibus in bonis tutorum & curatorum pro officio adminiſtrationis. *L. pro officio, C. de admin. tut.* ut uxori in rebus mariti in cauſſa dotis. *L. unica*, §. 1. *C. de rei uxo. act.* ut cuivis creditori in inſula reſtituta, cum pecunia ob reſtitutionem ædificii credita eſt. *L.* 1. *D. in quib. cauſſ. pig. vel hyp. ta. con.* Hominum facto pignus conſtituitur nonnunquam a magiſtratu: ut plurimum autem ab eo, cuius in bonis res eſt, quæ pignori ſubiicitur. A magiſtratu, cum iuſſu eius bona debitoris poſſeſſa ſunt a creditoribus, quibus in cauſſis id facere conceſſum eſt. *L. non eſt mirum, D. de pig. act.* de quo genere proximo §. diximus. Ab iis, quorum in bonis res eſt, conſtituitur pignus partim teſtamento, partim inter vivos conventione. Teſtamento, cum rem aliquam pignori eſſe illi aut illi creditori iubet teſtator. *d. L. non eſt mirum, D. de pig. act.* Conventione ita, ut ſimul atque convenerit, ut res eſſet pro debito obligata, pignus contrahatur, etiam ſi res tradita non fuerit creditori, ut hic traditur, & *L.* 4. *D. de pig. L.* 1. *D. de pig. act.* Conventio hic recepta duplex; quædam expreſſa, quædam tacita. Expreſſa intelligitur ex verbis conventionis. Tacita admiſſa eſt interpretatione iuris in fructibus fundi locati: *L. licet, D. in quib. cauſſ. pig. vel hy. ta. con.* item in invectis & illatis. *L. eo iure, D. eod. L.* 4. *D. de pact.*

In perſonam.

§. VIII.

In perſonam quoque actiones ex ſua iuriſdictione propoſitas habet prætor: veluti de pecunia conſtituta: cui ſimilis videbatur receptitia. Sed ex noſtra conſtitutione (cum & ſi quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ conſtitutæ transfuſum eſt) & ea quaſi ſupervacua iuſſa eſt cum ſua auctoritate a noſtris legibus recedere. Item prætor propoſuit actionem de peculio ſervorum, filiorumque familiarum: & eam, ex qua quæritur, an actor iuraverit, & alias complures.

Tranſitio, §. *huius ſumma*, & *partitio*. I.

I. HActenus actiones in rem prætoriæ. Neque vero plures ſunt, quam eæ quas initio huius diviſionis propoſuimus in §. *ſed iſtæ quidem*. Deinceps Iuſtinianus actiones in perſonam prætorias, ut erat propoſitum, ſubiicit: quas ex contractu & velut negotio geſto tres numerat: de conſtituta pecunia: de peculio: ex iureiurando: ex maleficio autem pœnales innumeras eſſe ait in §. *pœnales*, contentus quaſdam ex iis exempli loco proponere.

De conſtituta.

§. IX.

Conſtitutum quid, & quid a promiſſo differat. I.
Conſtitutæ pecuniæ actio ex pacto nudo, & cur contra regulam iuris. II.
Debitum ſolum recte conſtituitur. III.
Conſtituere pecuniam quid ſit in edicto. IV.
Debitum hic, quale accipiendum. V.
Conſtitutæ pecuniæ actio cui detur, & adverſus quem. VI.
Conſtitutæ pecuniæ actio qua de re. VII.
Receptitia vetus quæ, & unde dicta. VIII.
Conſtituti actionis appellationes. IX.
Conſtitutoriam actionem ſub conditione dari, & qua. X.

De conſtituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque pro ſe vel pro alio ſoluturos ſe conſtituerint: nulla ſcilicet ſtipulatione interpoſita: nam alioqui ſi ſtipulanti promiſerint, iure civili tenentur.

I. PRætoria actio eſt in perſonam, actio de pecunia conſtituta. *L. 1. D. de pec. conſt.* de qua tria hic complectitur Iuſtinianus, qua ex cauſſa ſit; in quem detur; qua de re; quæ paucis cognoſcenda ſunt. Quibus ſi addiderimus, cui detur, & quando; natura huius actionis, quod quidem ad hunc locum ſatis ſit, erit expoſita. Naſcitur hæc actio ex hac cauſſa, ut hic traditur, ſi quis quid pacto conſtituerit ſe ſoluturum. Conſtituit ſe ſoluturum qui ſe ſoluturum promittit; nam & promittendi verbum ad nudam promiſſionem poteſt referri. *L. ſciendum. §. 1. D. de æd. ed.* Sed quia promittendi verbo frequentius utimur de eo, quod ſtipulanti promittitur, *§. ſi ſcriptum, Inſt. de inut. ſtip.* unde conſtituens, & promittens inter ſe opponuntur in *L. 1. §. cum qui, D. de pec. conſt.* ideo prætor conſtituendi verbum elegit, ut ſignificetur id quod nuda promiſſione conſtituitur & recipitur. Tunc enim locus eſt conſtitutoriæ huic actioni (nam & ita nominatur actio in *L. nec enim, D. de pec. conſt.*) cum conſtituitur quid pacto ſine ſtipulatione, ut hic expreſſum eſt. Non quod ſi quis ſtipulanti idem promittat, non obligetur, cum ſit certiſſimum vinculum ad firmandam fidem & homines vinciendos ſtipulatio, *ſupra de verb. obl.* in princ. ſed quia tenetur iure civili, ut hic ſcriptum eſt; quo ſignificatur non fuiſſe in hac promiſſione neceſſariam actionem prætoriam, cum civilis ſufficeret, ut de Publiciana traditur re a poſſeſſore iam uſucapta in *L. 1. D. de Pub.*

II. Eſt ergo obligatio & actio conſtitutæ pecuniæ ex nudo pacto; cum nudum id vocemus quod neque traditione, neque ſtipulatione ſumit effectum, ut eſt in *L. diviſionis, D. de pact.* Ius ideo notandum, quia comparatum contra regulam iuris civilis, qua efficitur ex pacto nudo actionem non naſci. *L. iurisgentium, §. ſed cum nulla, §. quinimo, d. L. diviſionis, D. de pac. L. legem, C. eod.* Unde etiam intelligimus, ſi vellemus hic actionem naſci, neceſſe fuiſſe introduci a prætore: eoque & introductam eſſe prætoriam. Excepta eſt nimirum a cæteris pactis hæc ſpecies. Excipiendi rationem hanc Ulpianus reddit in *L. 1.* in pr. *D.* de pec. conſt, *quoniam grave eſt fidem fallere.* Quod ſic interpretandum eſt, quaſi dixit, quoniam grave eſt in hac ſpecie; nam in univerſum ſi dicitur, non eſt idonea ratio, ex qua colligatur ex conſtituto conſtitui debuiſſe actionem. Nam & in cæteris pactis fides datur. *L. 1. D. de pac.* Quod ſi in his etiam placet grave eſſe fidem fallere, licebit dicere hac ratione etiam ex his actionem dandum fuiſſe: quod falſum eſt. Erit igitur Ulpiani hæc ſententia: Hoc edicto prætor favet naturali æquitati, qui conſtituta ex conſenſu facta cuſtodit: quoniam in hoc genere grave eſt fidem fallere. Ideo autem in hoc genere præcipue, quia cum non conſtituatur niſi debitum, ut mox dicetur: nempe in conſtituto duplex obligatio eſt, prior per ſe, & poſterior prioris firmandæ cauſſa, Quare ſi

prior

prior non tenet; at tenet poſterior, quæ ad priorem novum vinculum acceſſit; & quod una conventio non potuit efficere, id congeminata efficiat.

III. Non quiſquis conſtituit ſe quid facturum, is de conſtituta pecunia tenetur: ſed qui conſtituit ſe ſoluturum nempe quod ante debitum fuit. Non enim ſolvitur, niſi quod debetur, *ſupra quib. mod. tol. ob.* in pr. Et hoc eſt, quod ad cauſſam huius actionis prætor exigit, ut ſit debita pecunia, quæ conſtituitur. *L.* 1. §. 1. *D. de conſt. pec.*

IV. Notandum tamen prætorem in edicto dare hanc actionem ei, non qui conſtituit ſe pecuniam debitam ſoluturum: ſed ſolum qui pecuniam debitam conſtituit, *d. L.* 1. §. 1. Sed hoc idem valet. Unde & actio de pecunia conſtituta, quæ hic, & ſuperiore §. ita nominatur. Nam conſtituere inter alia ſignificat, id quod minus firmum eſt, ſtabilire & firmare. Cicero lib. 1. Off. *ineuntis enim ætatis inſcitia ſenum conſtituenda & regenda prudentia eſt*. Conſtituenda, id eſt, conſtabilienda & firmanda, quæ vacillat. Id autem fit in conſtituto, cum quod minus firmiter prius debebatur, aut parum tuto, id nova pactione confirmamus, dum promittimus nos id ſoluturos. Sed ut conſtitutum, & debitam pecuniam prætor exigit ad cauſſam huius actionis; ita nihil amplius, quam conſtitutum & debitam pecuniam. Id eam vim habet, ut dum hæc duo ſimpliciter concurrent, actio locum habeat. Conſtituit quis pecuniam ab aliquo debitam; ſed conſtituit alius, quam debitor: aut conſtituit alii, quam creditori. Dubitari potuit, an valeret conſtitutum; quia neque priore caſu qui conſtituit, pecuniam debuit; neque poſteriore ei debita fuit, cui conſtituitur. Sed edictum ſimpliciter vult pecuniam conſtitui, nec adiicit, quis conſtituat, aut cui conſtituatur, dum pecunia prius fuerit debita; quemadmodum nec illud adiicit, cui, aut a quo ſit debita. Unde placuit utrobique conſtitutum valere ex verbis edicti. *L. eum qui, §. quod exigimus, D. de pec. conſt.* Idem acceptum & in verbo *debiti*.

V. Debitam pecuniam prætor exigit: quomodo ſit debita, nihil addidit. Ex quo intellectum eſt, quacunque ex cauſſa, & quocunque iure quid debitum ſit, recte conſtitui; dum aut utiliter peti poſſit, aut naturaliter debeatur. *L.* 1. §. *pen. & ult. L.* 2. *L.* 3. *D. eod.*

VI. Cauſſa actionis conſtituta, licet facile intelligere, cui, & adverſus quem detur hæc actio. In eum dari, qui conſtituit, hoc loco expreſſum eſt. Idque genus ipſum actionis oſtendit. Eſt enim in perſonam: proinde adverſus eum, qui obligatus eſt. *L. actionum, D. de obl. & act.* §. 1. *ſupra, eod.* Non eſt autem obligatus ex conſtituto, niſi qui conſtituit. Ex eadem regula ei dabimus, cui conſtitutum eſt, ſive ſit is cui debebatur prius, ſive alius. *L. eum qui, §. quod diximus, D. de pec. conſt.* Nam ex contractu actio, ut obligatio, conſtituitur inter contrahentes: ut quemadmodum ex ea cauſſa agitur cum eo, qui obligatus eſt: ſic agat is qui eum obligatum habet: denique ita definitur actio in perſonam ut ſit, qua adverſus eum agimus, qui nobis obligatus eſt. *d. L. actionum, D. de obl. & act.* Sane ſi ei qui in aliena poteſtate eſt, conſtituatur, iis quorum in poteſtate eſt, obligatio acquiritur iuxta regulas iuris. *L. eum qui, §. ult.* & 2. *LL.* ſeqq. *D. de pec. conſt.* ſed etſi actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furioſi, vel adoleſcentis conſtituatur: ſive quis conſtituat ſe his ipſis ſoluturum, ſive ſe ſoluturum municipibus, vel pupillo, vel furioſo, vel adoleſcenti; placet municipibus, pupillo, furioſo, adoleſcenti utilem actionem dandam, *d. L. eum qui, §. item tutori, §. ſi actori, eod. tit.*

VII. Datur hæc actio de pecunia: quo verbo continentur res omnes non mobiles tantum; ſed & immobiles. *L. pecuniæ nomine. L. pecuniæ verbum, D. de verb. ſig.* ut intelligamus hanc actionem de omnibus rebus, quas quis ſe ſoluturum conſtituerit, competere. Quod Iuſtiniani conſtitutione effectum eſt, cum prius actio de pecunia conſtituta competeret tantum de iis, quæ pondere, numero, aut menſura conſtant.

VIII. De cæteris erat prodita actio, quæ dicebatur receptitia; a recipiendo; quod verbum hic ſignificabat non recuperare, cum ad recuperandum ius noſtrum omnis fere ſpectet actio: ſed promittere & polliceri: quomodo latine dicimus recepiſſe aliquem ſe aliquid facturum, id eſt, ſuſcepiſſe in ſe, & pollicitum eſſe. Hac ſublata voluit Iuſtinianus unam eſſe de omnibus rebus conſtitutis eam, quæ de pecunia conſtituta appellatur: quod & ad agendum eſſet commodior, & verbum pecuniæ rebus conveniret; exſtat conſtitutio in *L.* 2. *C. eod.* eaque conſtitutio eſt, & recepta actio, quam commemorat in ſuperiore §. *in perſonam*.

IX.

IX. Actione ita conſtituta, nomen ex re impoſitum: dicta eſt enim actio de pecunia conſtituta, ut hic & §. ſuperiore. *L. 2. C. de conſt. pec.* quibus verbis quid contineatur, ſupra expoſitum eſt. Eadem dicta actio conſtitutæ pecuniæ. *L. qui id quod*, in princ. *D. de don.* Eadem & conſtitutoria actio. *L. nec enim, D. de pec. conſt.*

X. Sed quod hic omiſſum eſt, natura actionis non patitur, ut a nobis omittatur, niſi in iure huius actionis ita errare volumus, ut putemus ex ſuperioribus nos tum eam actionem habere, cum nulla eſt. Monendi igitur ſumus, propoſitam eſſe hanc actionem edicto non ſtatim, ſed ſub conditione, ſi appareat eum qui conſtituit, neque ſolvere, neque feciſſe, neque per actorem ſtetiſſe, quominus fieret, quod conſtitutum eſt. *L. ſi duo, §. ait, D. de pec. conſt.* Conditio edicti hæc eſt: ex qua intelligitur, non amitti actionem actori, ſi moram fecerit in eo accipiendo, quod ex conſtituto debebatur, quod eſſet contra regulas iuris: *L. illud, D. de per. & com. rei vend.* ſed ei ab initio nec datam videri, ſi per eum ſteterit conſtituti die, quominus oblatum acciperet. Non eadem conditione ex aliis conventionibus & contractibus puris datur actio: ex quibus ut præſens conventio eſt, ita & ſtatim agi poteſt. *§. omnis, ſupra de verb. obl. L. in omnibus obligationibus, D. de reg. iur.* Sed obſervandum eſt novam hic actionem pecuniæ conſtitutæ introduci a prætore præter regulam iuris civilis. Ideo viſum eſt prætori ita eam inducere, ut quam mitiſſime cum reo ageretur, & quæcunque culpa poſſet actori in accipiendo obiici, ne actio daretur.

Actiones autem.

§. X.

De peculio actio ex contractu & quaſi contractu ſolum filiorumfamilias, ſervorumve: nunquam ex maleficio. I.
De peculio ſemper actio adverſus patrem dominumve, non ſemper in ſolidum. II.
De peculio actio prætoria, & ratio eius adverſus patrem dominumve introducendæ. III.
Peculium ſervi quid, & quo iure habeatur. IV.
Peculium filiifamilias quid, quotuplex, & quo iure quodque habeatur. V.
De peculio non omni actionem eſſe adverſus patrem ex contractu filiorumfamilias & de quo ſit intelligenda. VI.
Ipſo iure quid fieri, quam varie apud iuris auctores accipiatur, & quæ ſit ratio huius appellationis. VII.

Actiones autem de peculio ideo adverſus patrem dominumve comparavit prætor: quia licet ex contractu filiorum ſervorumve ipſo iure non teneantur; æquum tamen eſt peculiotenus (quod veluti patrimonium eſt filiorum filiarumque item ſervorum) condemnari eos.

I. DE actione de peculio ſic in ſumma definit; *ex contractu filiorumfamilias, ſervorumve conſtitutam eſſe actionem a prætore de peculio adverſus patrem dominumve.* Addidit *ex contractu*; quo verbo etiam quaſi contractum intelligere debemus; ut tutelam & negotia a filiofamilias, aut ſervo geſta, quorum nomine etiam de peculio adverſus patrem, dominumve actio eſt. *L. 1. C. quod cum eo. L. ex facto, D. de pec. L. ex contractibus, D. de obl. & act. L. ſi filiusfamilias, D. de neg. geſt.* Neque novum eſt quaſi contractum propter affinitatem abſolute contractum appellari. *L. ſed & eum, D. de neg. geſt. d. L. ex contractibus, de obl. & act.* Additum ergo ex cotractu ad maleficia, & quaſi maleficia removenda: conſulto. Nam ex filiorum quidem familias maleficiis, & quaſi maleficiis pater nullo modo tenetur. *§. ult. infra de nox. act.* Ex maleficiis autem ſervorum tenetur quidem dominus; ſed noxali actione, id eſt, ea, ex qua dominus condemnatus non ideo neceſſe habet damnum de ſuo, aut de peculio ſervi præſtare: ſed ſervum noxæ dedendo liberatur. Ex qua etiam poteſtate noxæ deden-

dedendi, noxalis actio appellata eſt, *infra de nox. act.* & *L. 1. D. eod.*

II. Ait ex filiorum familias & ſervorum contractu actionem conſtitutam de peculio; non quod ex eo genere non ſit etiam conſtituta adverſus patrem dominumve in ſolidum (eſt enim & in ſolidum conſtituta: qui locus explicatur fuſius in titulo ſequenti) ſed quia interdum eſt in ſolidum, non ſemper: de peculio autem ſemper, & ſine exceptione. Nam ſi quid filius, aut ſervus patris dominive iuſſu contraxerint, geſſerint; tenetur pater vel dominus quod iuſſu in ſolidum. Si quid patris dominive iuſſu geſtum non ſit, ſed in rem patris aut domini verſum; tenentur & hi in ſolidum de in rem verſo, id eſt, quatenus in rem eorum verſum eſt. Si nihil horum factum erit, ceſſant ſuperiores actiones: ſed nihilominus ſemper actioni de peculio adverſus eos locus eſt. *§. præterea, infra quod cum eo* de peculio, id eſt, ut hactenus condemnet iudex, quatenus in peculio ſit. *§. ſunt præterea. infra eod.*

III. At hanc actionem a prætore conſtitui aut ſupervacuum videri poteſt, aut iniquum. Supervacuum, ſi iure civili conſtituta eſt. Iniquum, ut ex facto filiorum, ſervorumve quolibet ignorantes & inviti teneantur patres dominive, ubi hi ex eo quod geſtum eſt, locupletiores facti non ſint. Utrique igitur huic dubitationi occurrit hoc loco Iuſtinianus: docens nullam hanc actionem eſſe ipſo iure, id eſt civili, de quo poſtea: ut proinde neceſſe fuerit, nedum utile, ſi hanc aliquam eſſe vellemus, eam iure prætorio comparari. Ut autem conſtitueretur, æquitatem & utilitatem ſuaſiſſe. Omnes enim concedent æquum eſſe ipſos ſaltem filios, & ſervos uſque ad quantitatem patrimonii ſui obligari, tenerive. Peculium autem id eorum velut patrimonium eſt, inquit Iuſtinianus. Ex quo efficitur, hactenus teneri eos æquum eſſe. Qui fit igitur, ut non conveniantur ipſi, ſed patres aut domini? quia peculium etſi voluntate patris aut domini & naturali poſſeſſione eſt filiorum & ſervorum: iure tamen eſt patris & domini, quatenus his acquiritur. *L. quod ſervus, D. de acq. poſ. §. 1. Inſt. per quas per.* ut merito ii conveniendi ſint, qui in ſolvendo habent, quod de eo peculio ſtatuant.

IV. Videndum, quid ſit peculium, & quatenus verum ſit illud, patres dominoſve de peculio teneri: neque enim id in peculio filiorum uſquequaque verum eſt. Et illud tenendum eſt, aliam eſſe cauſſam peculii ſervorum, aliam filiorumfamilias. Nullum peculium ſervi eſt, niſi quod a domino nominatim fuerit ſervo conſtitutum, quidquid erit, quod quæſierit ſervus vel aliena liberalitate, vel opera ſua & labore. *L. 4. in pr. D. de pec.* Unde peculium ſervi ita definitur, *quod ſervus domini permiſſu ſeparatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, ſi quid domino debetur. L. 5. §. ult. D. de pec.* Hoc genus peculii quantumvis voluntate domini ſervo conceſſum, iure tamen totum eſt domini, & proprietate & fructu: nihil enim ſervi ſuum habere poſſunt. *§. item vobis, ſupra per quas perſ. nob. acquir.*

V. Longe diſſimilis cauſa peculii filiorumfamilias. Nam primum quidquid habet filiusfamilias aliunde quæſitum, id in peculio eſt filii: nec quidquam refert, utrum ſciente & permittente patre habeat, an ignorante, atque adeo invito. *L. ult. C. de inoff. teſt.* Deinde non omne peculium filiifamilias eſt in poteſtate & dominio patris. Pleraque filiorumfamilias ita ſunt propria, ut ſi patresfamilias eſſent. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt huius peculii plura eſſe genera, quæ una definitione nequaquam contineantur. Quoddam eſt paganum, quoddam militare. Indicantur hæc genera in *d. L. ult. C. de inoff. teſt.* Paganum appellamus, quod non eſt militum, ut pagani opponuntur militibus, *§. 1. ſupra de mil. teſt.* Id duplex eſt. Aut enim a patre proficiſcitur, aut aliunde; prius profectitium; poſterius in uſu iuris adventicium dicitur. *L. profecticia, 5. in pr. & §. ſi pater pro filia, D. de iur. dot.* Profecticium eſt, quidquid a patre collatum eſt in filium, vel aliunde quidem, facto tamen vel contemplatione patris: colligitur hæc definitio ex *§. 1. ſupra per quas perſ. nob. acquir. d. L. profecticia, in pr. D. de iur. dot. L. ſed ſi plures, §. in arrogato, D. de vulg.* Hoc quanquam voluntate patris collatum eſt in filium; iure tamen totum eſt patris, ut olim, ita nunc etiam, *d. §. 1. per quas perſ. L. cum oportet, C. de bo. quæ lib.* Unde dictum, ſi pater filio quem in poteſtate habet, donet, donationem nullam eſſe. *L. 1. §. 1. D. pro don.* Adventicium eſt, quidquid aliunde quam a patre obvenit filio, sive ignorante patre id factum sit, sive invito. Huius peculii proprietas filii eſt ex conſtitutionibus: uſusfructus quæritur patri, *d. §. 1. per quas perſ. d. L. cum oportet, C. de bon. quæ lib.* Hoc amplius & poſſeſſio, & adminiſtratio patri

con-

conceſſa ad eum modum, qui conſtituitur in *L. ult. §. ubi autem*, & deinceps uſque ad fi. *C. de bon. quæ lib.* Interdum cum proprietate etiam uſusfructus peculii adventicii filiis acquiritur: quod receptum eſt in iis cauſſis, quæ his locis comprehenſæ ſunt. *L. ult. §. 1. auth. excipitur*, & 2. ſeqq. *C. de bon. quæ lib.* Militare rurſum duplex eſt; caſtrenſe, & quasi caſtrenſe, *d. L. ult. C. de inoff. teſt. L. 1. §. nec caſtrenſe. D. de coll.* Caſtrenſe eſt, quidquid miles in caſtris vel extra caſtra per cauſſam militiæ acquisiit: ut ſunt ſtipendia, ut præda ex hoſte; item quæ ad militiam proficiſcenti aut in caſtris verſanti dantur a parentibus aut amicis ad uſus militiæ neceſſaria. *L. caſtrenſe, D. de caſt. pec.* Quasi caſtrenſe eſt filiorumſamilias, magiſtratuum, patronorum, advocatorum, profeſſorum, & magiſtrorum liberalium artium. Nempe id omne, quod illi ex ſtipendiis publicis, aut ea opera, quam publice Reipublicæ navant, quæsierunt. *d. L. ult. C. de inoff. teſt.* Dictum quasi caſtrenſe, quia forum & Reſpublica ſuperioribus quasi quædam caſtra ſunt, eorumque opera quasi quædam militia, qua Reipublicæ militant: quod in perſona advocatorum declaratur egregio reſcripto in *L. advocati, C. de advoc. diverſ. iud.* Utrumque hoc genus peculii totum proprium eſt filiorumſamilias dominio & fructu. *d. L. 1. §. nec caſtrenſe, de coll. d. L. ult. C. de inoff. teſt.* Et quidem ita, ut huius peculii actionem & perſecutionem, atque adeo liberam alienationem inter vivos filiiſamilias habeant etiam invito patre. *L. 4. §. 1. D. de caſt. pec.* Unde in hoc genere dicuntur filiiſamilias fungi vice patrumfamilias. *L. 2. D. de ſenat. Mac.*

VI. Quæ cum ita ſint, de actione de peculio adverſus patres ita ſtatuemus. Ex contractu filiorumſamilias tenentur patres de peculio profecticio citra controverſiam: totum enim patrum eſt: ut proinde poſſint & ſoli ſuo iure de eo ſtatuere. Tenentur & de peculio adventicio, quatenus in hoc peculio uſusfructus eorum eſt. *d. L. ult. §. ubi autem, C. de bon. quæ lib.* Quod ſi & uſusfructus ad filiumſamilias pertinebit, de eo non tenebitur pater, ut qui in hoc peculio nihil habeat ſuum, quod poſſit ſolvere: ſed ſolus filius aget, & convenietur eo nomine, ut eſt conſtitutum in *d. L. ult.* § 1. in fin. illic: *& filius ſimili modo, C. de bon. quæ lib.* Id ſi in peculio adventicio recte dicitur; multo magis de caſtrenſi & quasi caſtrenſi intelligendum eſt, quorum utrumque ſine exceptione filiiſamilias eſſe diximus: huc pertinet *d. L. 4. §. 1. D. de caſt. pec.* Quapropter quod in hoc §. dicitur ex contractu filiorumſamilias actionem de peculio eſſe adverſus patres, ſic accipiendum eſt, ut ſit de peculio, quod ſit in iure & poteſtate patris. De peculio ſervorum nihil diſtinguimus, cum omne dixerimus ad ius & poteſtatem domini pertinere.

VII. *Ipſo iure non teneantur.* Ipſo iure quid fieri innumeris in locis in libris noſtris occurrit: nec ſignificatio omnibus ſtatim nota: aut ſi intelligitur, non tamen huius ratio ſtatim expedita. Ac primum hic monendi ſumus, ipſum ius non uno modo dici: ne forte ὁμωνυμίᾳ decepti, quod valet in uno loco, eodem modo accipiendum putemus in omnibus. Et tamen ne ut in ſignificationibus admodum variis & incertis vagetur animus, nec quidquam habeat, quod ſequatur; præcipiendum eſt ipſum ius non pluribus modis dici in ſumma, quam duobus. Aut enim ipſo iure idem valet, quod iure ſolo, aut idem quod iure civili, non prætorio. Utraque ſignificatio hinc accepta. Ipſum enim ἐμφατικῶς dicitur, ut excludatur ad vim eius de quo quæritur, aliud omne quod ius non ſit: ut paulo poſt declarabitur pluribus. Eo igitur pertinet adiectio, vel ut ſignificetur vere iure quid fieri, quia fiat iure ſolo, nulla re adhibita extrinſecus; vel ut ſignificetur fieri eo iure, quod ſolum vere ius eſt; id eſt, civili diſtincto a prætorio: Ac ne in eo electio nos fallat, diſcernitur facile ſignificatio ex adiuncto, cui ipſum ius opponitur. Interdum enim opponitur iis, quæ ut valeant, factum aliquod deſiderant. Quod ſi recte ſit, nempe hoc neceſſe eſt ſic accipi, ut ipſum ius ſignificet ſolum, & præter quod ad vim rei conſtitutæ nulla alia re aut externo facto ſit opus. Valet intelligiturque hæc ſignificatio in his formulis: ut, cum dicuntur exſiſtere ſui heredes ipſo iure, *§. ſui, Inſt. de her. quæ ab int.* conſtat enim id dictum ad diſcrimen extraneorum heredum, qui delata ſibi hereditate non niſi volentes & animi deſtinatione heredes exſiſtunt, adeundo, aut pro herede gerendo. *§. ſui*, verſ. *neceſſarii*, & *§. item extraneus, Inſt. de her. qual. & diff.* Hoc ergo ſignificatur, quod explicatur in *d. §. ſui. 2. D. de her. quæ ab int.* ſuos heredes fieri iure ſolo, id eſt, non ut cæteri non neceſſarii ullo facto ſuo adhibito, non aditione ſua, non denique cuiuſquam auctoritate aut interventu. Item cum dicitur æs alienum hereditarium dividi inter heredes pro portionibus hereditariis ipſo iure.

Digitized by Google

re. *L. pacto ſucceſſorum*, *C. de pact.* *L. ea quæ*, *C. fam. erc.* Conſtat & hoc relatum eſſe ad eam diviſionem, quæ fieri ſolet in iudicio familiæ erciſcundæ, & nomina hereditaria a cæteris rebus hereditariis in hac diviſione diſtingui. Hoc ergo dicitur, etiam tum, cum ii qui ad hereditatem vocabantur, heredes extiterunt, res hereditarias cæteras indiviſas manere: ſed dividi poſtea aut voluntate heredum inter ſe, aut iudicio familiæ erciſcundæ: *L. non ideo.* *L. coheredibus*, *C. fam. er.* *L.* 1. *D. eod.* at nomina hanc diviſionem non deſiderare; quia ipſo iure, id eſt iure ſolo ſine hoc facto diviſa ſint: unde dicuntur nec in iudicium familiæ erciſcundæ venire. *L.* 2. *§. ult.* *D. eod.* Eiuſdem ſignificationis eſt illud, cum dicitur actio perimi ipſo iure, non per exceptionem, aut contra. *L. qui ſervum*, §. 1. *D. de ob & act.* *L. lecta*, illic, *ſed cum fortis*, *D. ſi cer. pet.* Id enim valet, actionem perimi iure ſolo ſtatim, ut maxime nullum factum debitoris in ea liberatione opponenda intervenerit: aliter atque in his, in quibus liberatur per exceptionem: cuius vis eſt ea, ut eam allegari, & in iudicium deduci ab initio oporteat: alioqui reo nihil proſit. *L. ſi quidem*, *L. præſcriptionem*, *C. de exc.* Eiuſdem rei & illud, cum dicitur quid valere non ipſo iure, ſed per fideicommiſſum. *L. quærebatur*, illic, *ſed in propoſito*, *D. de teſt. mi.* Nam & hic ipſo iure declarat iure ſolo: id eſt ita, ut ad eum in quem voluntas teſtatoris confertur, res perveniat recta ſine ullo facto & interventu heredis: cum ſi quid non valeat niſi per fideicommiſſum, in eo opus ſit heredis aditione, & reſtitutione fideicommiſſi. §. *ſed ſi recuſabat*, *Inſt. de fid. her.* Eodem ſenſu dictum & illud, portionem legis Falcidiæ apud heredem ipſo iure remanere, etſi res corporaliter in ſolidum tranſlatæ ſint. *L.* 1. *§. ſi quis ex mortis*, *D. quod leg.* Hoc enim eſt, remanere eam apud heredem iure ſolo id efficiente ſine cuiuſquam opera: eſt enim heredis, quanvis non ſit ei tradita a legatariis, etſi ab herede non vindicata, aut corporaliter apprehenſa. *L. lineam*, *D. ad leg. Fal.* Mutatur ſignificatio, cum ipſum ius opponitur iuri prætorio: tum enim ex ſpecie adverſante ipſum ius intelligitur civile, ut hoc loco: ubi hæc ſententia eſt; ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & ſervorum adverſus patrem, dominumve comparatam a prætore; quia hi non teneantur eo nomine iure civili, & tamen æquum ſit teneri peculio tenus. Quæ & ſignificatio manifeſtior eſt in his orationibus, cum legimus omnes actiones aut ipſo iure competere, aut a prætore dari. § 1. *infra de per. & temp. act.* Item, uſumfructum & alias ſervitutes partim iure ipſo conſtitui, & valere, partim tuitione prætoris. *L. ſi uſusfructus*, §. 1. *D. uſuſf. quemadm. cav.* Id enim alibi ſic explicatur, conſtitui aut iure civili, aut prætorio. *L.* 1. in fin. *D. de ſuperf.* Neque vero magis dici poſſunt iſta acquiri, ſeu conſtitui ipſo iure, ut ſignificetur iure ſolo ſine cuiuſquam facto; quam dicuntur res corporales ipſo iure acquiri, cum ad eas acquirendas traditio & poſſeſſio requiritur: nam & ad uſumfructum & alias ſervitutes acquirendas eadem velut traditione & poſſeſſione, id eſt, iiſdem factis opus eſt. *L.* 3. in pr. *D. de uſuf.* *L. ult.* *D. de ſer.* *L.* 1. in fin, *D. de ſer. ruſt. præ.* Ac cur ipſum dicatur ſolum, cum ſententia poſtulat, minus dubium eſt. Nam ut ſignificetur aliquid fieri iure, ac non ſolo, ſufficiebat dicere iure fieri. Cum autem additur demonſtrativum ipſo, intenditur oratio, & hoc ſignificatur videlicet, fieri illo ipſo modo, non alio. Et vero ſcimus quæ vis eſſe ſoleat huius demonſtrativi, cum dicimus ipſe fecit: eſt enim hæc, ut ſignificetur ille ipſe per ſe, non per alios. At cur his verbis, ipſo iure, deſignetur veteribus ius civile, dubitari poteſt. Ius enim verbum eſt generis, quod non minus ad prætorium, quam ad civile pertinet: utrumque enim ius eſt: quin iuris Romani ſpecies hæ duæ, civile, & prætorium *L. ius autem*, *D. de iuſt. & iur.* Cur igitur verbo generis deſignetur potius ius civile, quam prætorium: aut potius cur verbo generis utentes veteres ambiguitatem relinquunt, quam ſi ſpeciem exprimerent, tollere potuerunt? Et ſane verbo ſolo iuris non recte uterentur, ut unam potius ſpeciem ſignificarent, quam alteram, cum ambæ etiam in ſpecie ipſa exprimenda retineant nomen iuris, diſtinguanturque ſolum his adiectionibus, ut una dicatur ius civile, altera ius prætorium. Sed addita particula, ipſo, deſignatur iam ſpecies iuris, non genus. Recte enim Baro, ipſum inter cætera notare excellentiam: ut cum diſcipuli Pythagoræ dicebant, *ipſe dixit:* ipſe illis erat Pythagoras per excellentiam. Id ergo demonſtrativum iuri tributum ex hoc ſenſu facit, ut ius id quod excellat, intelligere debeamus. Id autem eſt ius civile. Quinimo id ipſum eſt, quod vere nomen & auctoritatem iuris obtineat: nam præto-

rium non tam ius eſt, quam viva vox iuris civilis: ſic enim appellatur in *L. nam & ipſum, D. de iuſt. & iur.* Viva vox, id eſt interpretatio quædam, & [illegible]. Unde dicitur conſtitutum adiuvandi, ſupplendi, corrigendi iuris civilis gratia, *d. L. ius autem D. de iuſt. & iur.*

Item ſi quis poſtulante.

§. XI.

Ex Iureiurando actio cui detur & qua ex cauſſa. I.
Ex Iureiurando actio adverſus quem. II.
Ex Iureiurando actio a prætore conſtituta, non iure civili; & cur utrumque. III.
Iusiurandum adverſario deferente datum, nec prætextu periurii retractari: duas cauſſas excipi. IV.
Ex Iureiurando actio, in factum dicitur, & utilis; ita ut his verbis ſignificetur una eademque actio, non duæ. V.

Item ſi quis poſtulante adverſario iuraverit, deberi ſibi pecuniam, quam peteret, neque ei ſolvatur: iuſtiſſime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, ſed an iuraverit.

I. TErtia eſt actio prætoria in perſonam, eademque ex contractu, quæ hic ordine proponitur: comparata ex iureiurando ei, qui deferente adverſario iuravit, aut perinde habetur, quaſi iuraſſet ſibi quid deberi, aut ſuum eſſe, Quæ ut plane intelligatur, & una hic locus; natura eius ex iis quæ propria ſunt ſingularum in perſonam, diſtincte ſpectanda eſt: ſunt autem hæc præcipue in hac actione: Quibus qua ex cauſſa detur: Adverſus quem: Quo iure conſtituta ſit; Quam recte conſtituta: An ſemper detur & ſine retractatione iurisiurandi: una ſit, an plures, & quo nomine vocetur. Propoſita eſt hæc actio duobus, & his totidem de cauſſis. Primum ei, qui iuraverit sibi deberi pecuniam, ut hic expreſſum eſt. Idem eſt, etsi iuraverit, quid ſuum eſſe. *L. nam poſtea, §. ult. D. de iur.* Sed utrumque hac conditione, ſi iuraverit poſtulante adverſario, ut hic ſcribitur: quod in edicto dicitur, ſi quis conditione delata iuraverit, ut proponitur in *L.* 3. in prin. *D. eod.* quod quamobrem adiectum ſit, ratio ibidem reddita eſt. Deinde etiam propoſita actio ei, cui remiſſum eſt iuſiurandum: ut hic quidem perinde habeatur actor, quaſi iuraſſet. *d. L. nam poſtea,* in princ. *D. eod. L.* 1. *L. actori, C. de reb. cred.* Remiſſum iuſiurandum dicitur, cum quis delatum ſuſcepit, ſed cum paratus eſſet iurare, adverſarius qui detulit, gratiam ei fecit iuriſiurandi, ſola voluntate iuriſiurandi ſuſcepti contentus. *L. remittit, D. de iurei.*

II. Adverſus quem detur, ex genere actionis æſtimandum eſt. Conſtat actionem in perſonam eſſe. *§. in perſonam, ſupra.* Proinde adverſus eum qui detulit, cum quo res geſta eſt, qui idem conventione ſe obligavit: & ut in eum, ſic adverſus eos, qui in locum eius ſucceſſerunt: cæterum adverſus alium ſi velit iureiurando ut is qui iuravit, nihil ei proderit; etiam ſi iuraverit rem aliquam ſuam eſſe: hæc in *d. L. nam poſtea, §. ult. D. eod.* & ſunt omnia propria actionis in perſonam; quæ nunquam adverſus poſſeſſorem ut poſſeſſorem datur; ſed ſolum adverſus eum, qui nobis obligatus eſt. *L. actionum, D. de obl. & act.* Ex contractu autem & conventione obligatur is ſolus ſuo nomine, qui cum contractum aut quid actum eſt. *§. 1. ſupra eod.*

III. Eſt autem actio prodita iure prætorio, non civili, ut hic declaratur, & *§. in perſonam ſupra eod.* Quæ res introducit hanc quæſtionem, cur non detur iure civili; & cum illo non detur, cur potius detur iure prætorio. Et ita eſt ius civile, ut nulli detur actio, niſi ei, cui quid debetur, ut indicat definitio actionis, tradita ſupra in principio huius tituli. Nec ſatis eſt in iudicio dicere ſibi

quid

quid deberi, niſi qui dicit, probet: & hic ordo iudiciorum eſt, ut reus actore non probante abſolvatur. *L. 2. D. de prob. L. qui accuſare, C. de ed.* Non probat autem deberi ſibi, qui ſibi deberi iurat: fieri enim poteſt, ut peieret. Hæc ratio dum in univerſum iure civili retinetur, inde factum eſt, ut eo iure in hanc cauſſam actio non ſit conſtituta. Cur ergo prætor hic conſtituit? quia nihilominus iuſtum fuit conſtitui, & ut hic loquitur Iuſtinianus, iuſtiſſimum. Qui iuſtum, cum pugnet cum ſuperiore ratione? Quia ad religionem iuriſiurandi accedit deferentis conventio & conſenſus; dum is hoc dicere videtur, si actor iuraverit, ſe paratum iuriiurando ſtare, id eſt præſtare quod petitur. Unde dicitur iuſiurandum proficiſci ex conventione. *L. qui iuraſſe, §. ult. D. de iurei.* Ex hac conventione ſuſcepto iureiurando, ſi etiam iurat actor, non eſt nuda conventio, ſed fecit actor, ut ſibi viciſſim fieret, quod petit: vel ex regulis iuris civilis eiuſmodi pactio ſervanda eſt. *L. legem, C. de pact.* Atqui ſi in iureiurando ineſt hæc conventio, fuit utique & ante quam hæc actio a prætore conſtitueretur. Cur non igitur ex ea & iure civili putemus fuiſſe iam olim actionem? quia non eſt expreſſa conventio, neque omnibus cognita. Hanc autem ineſſe prætor eſt interpretatus & religionis tuendæ cauſſa, & quo a litibus facilius diſcederetur: atque hanc interpretationem ſecutus adverſus deferentem actionem dedit. Hinc illa; iuſiurandum ſervari propter religionem & conventionem. *L. ſed etſi ſervus, D. de iur.* item iureiurando tranſigi negotium inter litigatores. *L. admonendi, in fi. D. eod.* item, iuſiurandum ſpeciem tranſactionis continere. *L. 2. D. eod.* Speciem accipe, non ſpeciem tranſactioni & generi ſubiectam; ſed ſimilitudinem ſeu inſtar tranſactionis. Accedit ad hanc conventionem utilitas publica, dum id agitur iureiurando ſervando, ut ſit aliquis litium finis. *L. ult. D. pro ſuo.* Ergo hæc actio conſtituta eſt ei qui iuraverit ſibi quid deberi, aut ſuum eſſe, adverſus eum qui iuſiurandum detulit: & iure optimo conſtituta.

IV. Sed an data ſine exceptione? quid enim, ſi dicat adverſarius iurantem peieraſſe? Et de hac re generaliter ita definitur in *L. 1. C. de reb. cre.* cauſſam iureiurando delato & præſtito, vel remiſſo deciſam, nec periurii prætextu retractari poſſe; idem in *L. quod ſi deferente, D. de dol.* Idque eſt, quod hic dicitur, in hac actione non illud quæri; an actori pecunia debeatur, ſed an iuraverit: ut intelligamus illo probante ſe iuraſſe, reum omnimodo eſſe damnandum. Idem in *L. 5. §. dato, D. de iur. L. poſt rem, D. de re iud.* Sed hoc non eſt perpetuum. Iuſiurandum ob periurium duabus de cauſſis accedentibus retractari poſſe placuit: alias propter cauſſam de qua iuratur; alias propter conventionem iuriſiurandi delati. Propter cauſſam una in ſpecie receptum eſt: legati ſcilicet aut fideicommiſſi, quod nondum cognitis verbis teſtamenti iuravit legatarius ſibi deberi quanvis herede poſtulante: effectum hoc lege Iuſtiniani. *L. ult. C. de reb. cred.* favore ſupremarum voluntatum, ut videtur: quas publice intereſſe exiſtimatur conſervari. *L. vel negare, D. quem. teſt. ap. L. 1. C. de ſac. ecc.* Propter conventionem idem probatum, cum iuſiurandum delatum eſt ſpecialiter hac lege & conventione, ut ſi probaretur adverſarium peieraſſe, liceret iuſiurandum retractare. Hanc exceptionem eſſe interpretor, quæ in *L. 1. C. de reb. cred.* in extremo expreſſa eſt his verbis, *niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur*: lege, id eſt, lege & conventione delati iuriſiurandi: ut ſit eo loco lex, pactio & conventio in deferendo iureiurando interpoſita: quomodo legis verbum a veteribus in uſu iuris paſſim uſurpari ſolere notius eſt, quam ut in eo probando laborare oporteat: ut L. *in lege. L. fiſtulas. L. fundi, D. de cont. empt. L. legem, C. de pact. tit. C. de pac. int. em. & tribus ſeqq.* Legis autem verbo cavendum, ne illic cum interpretibus conſtitutionem intelligamus: nam nec præteritam conſtitutionem excipere potuit Antoninus, cum nulla eſſet; & multo minus futuram, quæ an ulla eſſet futura, divinare non potuit. Et ut eſſet futura; tamen ſtultiſſimum eſſet de eo monere, cum omnes ſcirent per poſteriores leges prioribus derogari poſſe: quæcunque autem futura eſſet lex poſterior, nihil ad ius & conſultationem præſentem conſultoris pertineret. Teneamus igitur legem illic accipi debere conventionem iuriſiurandi delati. Qua interpoſita, ne miremur iuſiurandum retractari poſſe ob periurium: ſemper enim æquum erit, inter litigatores conventionem ſervari. *L. 1. D. de pac.* idque efficitur edicto generali de pactis. *L. iuris gentium, §. ait, D. de pac.* Non aliis de cauſſis cauſam iureiurando adverſario deferente deciſam retractari poſſe legimus. Nam quod dicitur in *L. admonendi, D. de iur.* cauſ-

ſam iureiurando a iudice ob inopiam probationum exacto deciſam ex integro agi poſſe; huc non pertinet, ubi de eo, qui poſtulante adverſario iuravit, agitur. Et diſerte diſtinguuntur hæc genera in *d. L. admonendi*.

V. Actio ex iureiurando appellatur in factum in *L. actori, C. de reb. cred.* Eſt etiam, ubi nominetur utilis, ut in *L. ſi duo, §. Marcellus. L. ſed etſi poſſeſſori, §. ult. D. de iur.* Cavendum tamen, ne cum vulgo ideo has duas actiones diverſas eſſe exiſtimemus. Utramque eandem eſſe ſciri poteſt ex *d. L. ſed etſi*. Ubi quæ in primo reſponſo, verſ. *proinde*, dicitur in factum; in ſimili vel potius in eadem ſpecie dicitur utilis in *§. ult.* Sed de eo, ut & de vi ſuperiore iuriſiurandi, itemque de reliquis partibus ad iuſiurandum pertinentibus ſcripſi accuratius in commentario de iureiurando.

Pœnales quoque.

§. XII.

Triplex dumtaxat pœnalis actio prætoria hic a Iuſtiniano deſcripta, & quare non omnis; de unaquaque obiter. I. II. IV. V.

Pœna illius qui parentem vel patronum in ius vocaſſet, non impetrata venia, ex quo more aut inſtituto derivata. III.

Pœnales quoque actiones prætor multas ex ſua iuriſdictione introduxit; veluti adverſus eum, qui quid ex albo eius corrupiſſet: & in eum, qui patronum vel parentem in ius vocaſſet, cum id non impetraſſet: item adverſus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocaretur, cuiuſve dolo alius exemerit, & alias innumerabiles.

I. QUod pœnales nominant eas, quæ ſequuntur; innuit eas, quarum ſupra fecit mentionem, eſſe rei perſecutorias: ſignificans utriuſque generis actiones in perſonam eſſe a prætore conſtitutas. Quid autem contineatur his appellationibus, exponit in *§. ſequens illa, infra. Adverſus eum qui quid ex albo eius corrupiſſet*. De hac actione, & ea parte edicti eſt in *L. ſi quis id quod, D, de iuriſ.*

II. *Et in eum qui patronum vel parentem in ius vocaſſet*. Hæc actio propoſita eſt edicto prætoris ea parte, quæ eſt de in ius vocando. Propoſita autem non ſimpliciter in eum, qui iſtas perſonas in ius vocaſſet; ſed qui vocaſſet ſine permiſſu prætoris. *L. 4. D. de in ius voc.* Venia autem petita impune vocare licuit. *L. pen. L. ult. C. eod.* Quibus, adverſus quos, quam ob rem ſit propoſita, partim comprehenſum eſt edicto quod extat in *d. L. 4. de in ius voc.* partim diligentius explicatur ibidem, & ſubiectis aliquot capitibus. Actio pœnam continet. Eſt autem pœna edicto conſtituta quinquaginta aureorum. *L. pen. D. eod.*

III. Sed hic ſubſiſti poteſt. Cur enim hic pœna adverſus vocationem in ius, quæ legitimo iure inſtituatur? Movet, quod non eſt pœna, niſi ubi præceſſit delictum: pœna enim nihil aliud eſt, niſi delicti coercitio. *L. aliud eſt fraus, D. de verb. ſignif.* Quod poteſt autem delictum eſſe in eo, quod libertus patronum in ius vocat; quod filius patrem, ambo iuris perſequendi cauſſa? nam quod poteſt eſſe delictum in iuris ſui perſecutione? Iure licet cuivis agere, & perſequi iudicio, quod ſibi debetur: eſt enim actio id ius perſequendi. Et hoc ſi iure, licet & eum cum quo acturus ſis, in ius vocare; quoniam huius perſecutionis & actionis initium ſit ab in ius vocando, *§. ult. infra de pæ. tem. lit.* Porro quod iure fit, pœnam non meretur. *L. Gracchus, C. de adul.* Non abs re igitur videri poteſt, nullam hic pœnam eſſe debuiſſe; quamobrem & conſtitutæ ratio merito quæritur. Et referri hæc debet ad morem veterem iudiciorum Romanorum, quo tempore hoc edi-

edictum propoſitum eſt. Ur is mos fuit, habuit in ius vocatio nonnihil ignominiæ. Sciendum eſt enim, quod a viris doctis recte obſervatum eſt, in primis a Duareno *lib.* 1. *Diſput. c.* 1. ſic ius fuiſſe olim in ius vocationis, ut qui vocabantur, inviti cogerentur ire; alioqui etiam invitos liceret ducere, ut patet ex *L. plerique. L. neque, D. de in ius voc. ex tit. in ius voc. ut eant:* item ex eo, quod conſtituta eſſet actio in eos, qui in ius vocatum vi exemiſſent, *tit. Ne quis eum qui in ius voc. eſt, vi. exim.* Non eximitur, niſi qui aufertur alteri; nec aufertur alteri, niſi qui ab eo tenebatur, aut ducebatur. *L.* 4. *D. ne quis eum qui in ius voc. eſt.* Nec evitabat quiſquam hanc ductionem, niſi ſatis aut cautum pro perſonæ qualitate daret ſe iudicio conſtituto die ſtiturum. *d. tit. in ius voc. ut eant.* Publice quenquam ita duci ignominioſum: certe quod vehementer lædat verecundiam eius, qui ducitur. Satiſdare autem aut cavere etſi per ſe non eſt turpe: tamen ut illam ductionem evites, id cogi facere, vim adiunctam & minas habere videtur. Sed etſi aut invitum ducere, aut huius ductionis vitandæ cauſſa ſatiſdationem exigere inter alios cives delicto caruit, quia erat permiſſum: tamen nemo non videt his rebus offendi reverentiam parenti & patrono debitam, ſi quis hæc adverſus iſtos inſtituat. Hinc delictum, ſi quis hos in ius vocaret; unde & pœna. Et tamen quia propter metum huius reverentiæ non debuit exigi a liberto, aut filio, ne ius ſuum ab his non perſequerentur, ſi illi iniuriam facerent, aut non præſtarent quod debent: res ita temperata eſt a prætore, ut vetaret eos in ius vocari ſine permiſſu ſuo: venia autem petita concederet: cum ipſa veniæ petitio reverentiæ debitæ ſignificationem haberet.

IV. *Item adverſus eum, qui vi exemerit.* Quale ſit hoc genus actionis, & quam originem habeat, ex his, quæ modo diximus, intelligitur. Eſt igitur actio ei qui reum in ius vocatum ducebat, conſtituta adverſus eum, qui vocatum vi exemiſſet. *L.* 1. *& tot. tit. D. ne quis eum qui in ius voc. eſt.* Conſtituta autem actori in id, quanti ea res erit ab actore æſtimata, de qua controverſia eſt, ut ſunt verba in *L. pen.* in pr. *D. ne quis eum.* id eſt, conſtituta in id quod actor ſibi deberi dicet: cuius fidem faciat hoc ipſo, quod affirmabit tantum ſibi deberi; omiſſa quæſtione, an ſit calumniator, necne, ut eſt in *d. L. pen.* id eſt, an ei vere debeatur, necne; in quo cernitur actionis pœna; cum alioqui iure publico nulli dicenti niſi probanti fides habeatur in iudicio. *L.* 2. *D. de prob.* Unde & actore non probante placet reum obtinere, *L. qui accuſare, C. de eden.*

V. *Et alias innumerabiles.* Cur omnes actiones prætorias pœnales non recenſeat, rationem reddit, quia ſint innumerabiles. Et vero recenſere, ut eſt eius inſtitutum, non eſt neceſſe. Propoſuit enim in §. *ſed iſtæ, ſupra* actiones tam in rem quam in perſonam non tantum iure civili conſtitutas eſſe, ſed eſſe & alias in utroque genere ex iuriſdictione prætoris, id eſt, edicto comparatas: ſatisfecit inſtituto & propoſitioni ſuperiori, ſi exemplis doceat tam in actionibus in rem, quam in perſonam rem ita ſe habere. Quod & fecit: ita tamen, ut ubi cauſſæ & ſpecies earum actionum facile comprehendi poſſent, illic aut omnes, aut maxime neceſſarias ſit complexus, ut ſupra; ubi autem fuerunt innumeræ, eas omiſerit, contentus ex innumeris paucas proponere, ne exempla deeſſent ad probandum, quod propoſuerat: ut hic factum videmus.

Præiudiciales.

§. XIII.

Scopus huius §. & ſumma. I.
Præiudiciales actiones quæ, & quæ earum ſpecies. II. III. IV. & ſeqq.
De partu agnoſcendo actio. V.
Præiudicium inter patrem & filium quid, & quæ de re. VI.
Præiudicium quid. VII.
Præiudicialium actionum proprium quid, & cur ita vocentur. VIII.
Præiudicii aliis cauſſis faciendi cauſſa inſtituuntur actiones præiudiciales. IX.
Præiudicii definitio apud Theophilum recta. X.
Præiudiciales actiones de eadem quæſtione præiudicium adferunt non tantum inter eaſdem perſonas, ſed etiam inter omnes. XI.
Præiudiciales cur dicantur videri eſſe in rem XII.
Præiudiciales actiones quæ dicantur habere cauſſam legitimam, quæ a iuriſdictione prætoris. XIII.

Præiudiciales actiones in rem eſſe videntur: quales ſunt per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus ſit, vel de partu agnoſcendo. Ex quibus fere una illa legitimam cauſſam habet, per quam quæritur, an aliquis liber ſit: cætera ex ipſius prætoris iuriſdictione ſubſtantiam capiunt.

I. DUobus generibus actionum conſtitutis, uno in rem, altero in perſonam, & eorum cauſſis quantum inſtituto convenire viſum eſt, expoſitis, occurrit tacitæ obiectioni, quæ efficere videbatur deeſſe aliquid ſuperiori diviſioni, eoque & vitioſam eſſe diviſionem. Nata dubitatio ex actionibus præiudicialibus: quas quidem actiones eſſe conſtat: certe ita nominari apparet: videri tamen poſſunt neque in perſonam eſſe, neque in rem. Non ſunt in perſonam: non enim ſunt adverſus eum, qui ſit nobis obligatus, quod eſt proprium actionum in perſonam.. §. 1. *ſupra L. actionum, D. de obl. & act.* Non videntur eſſe in rem: quia cum actione in rem id agatur, ut res ad ius noſtrum pertinens, quæ ab alio poſſidetur, nobis reſtituatur, nulla eiuſmodi reſtitutio ſit in actionibus præiudicialibus. Vitioſa igitur diviſio, cui hoc genus deſit. Adverſus hanc ſeu obiectionem, ſeu dubitationem tacite ſuperiorem diviſionem confirmat, docens etiam præiudiciales actiones de quibus dubitari ſcimus ad eam diviſionem pertinere, non novam ſpeciem conſtituere ſuperioribus generibus non ſubiectam: ne quis forte hoc ſaltem genus hic requirat: videri enim actiones in rem eſſe. De quibus ſi diſtincte dixero, quæ ſint; quæque earum ſpecies; Quid ſit earum proprium, unde & nomen: Cur dicantur in rem; Cur aliæ civilem cauſſam babere, aliæ a prætoris iuriſdictione proficiſci: de ſententia huius loci, & harum actionum natura dixero.

II. Præiudiciales actiones, ſi de re quæritur, non de verbo, & generaliter dicendum eſt, ſunt actiones de ſtatu vindicando aſſerendoque, ſive hunc in alio certum eſſe dicimus iuris alicuius noſtri ab eo obtinendi cauſſa; ſive is contra contrarium ſtatum ſibi ab eo iure liberum defendat, eumque vindicet. Id ita eſſe, atque adeo quale ſit, ſpecies huius generis cognitæ planum facient. Earum tres ſpecies numerat hoc loco Iuſtinianus.

III. Una eſt, *in qua quæritur*, inquit, *an aliquis liber ſit:* adde, quod tribus verbis interiectis ſequitur, an ſervus. Eſt enim ea actio, qua inter duos agitur de unius libertate ſimul & ſervitute; cui ſcilicet locus eſt inter duos, quorum unus eum cum quo agit, ſervum ſuum eſſe dicit; alter contra ſe liberum contendit, ut neceſſe ſit in ea controverſia quæri, utrum is, qui ſervus dicitur, liber ſit, ut ipſe ſe dicit, an ſervus, ut ab adverſario ohiicitur. Nec intereſt ad actionem præiudicialem huius generis, a quo actio & intentio naſcatur: utrum ab eo qui ſe do-

minum

minum dicens ad iudicium provocat, & eum quem ſervum dicit, in ſervitutem petit: an vero ab eo, qui ſervus dicitur, dum is adverſus eum qui libertatis controverſiam facit, ultro in libertatem [1] proclamat, id eſt, ſe liberum eſſe intendit, & quodammodo ſe in libertatem vindicat. *L. liberis, §. ult. L. quod autem. D. de lib. cau.* Inde hæc cauſſa dicitur etiam cauſſa liberalis, & liberale iudicium, utpote in qua de libertate agitur *d.* [2] *L. quod autem, L. ordinata, D. eod.*

IV. Altera ſpecies eſt, *in qua quæritur*, inquit, *an quis ſit libertus:* quod rurſum ſic accipi debet, utrum libertus quis ſit, an ingenuus. Ea eſt enim, qua inter eos agitur, quorum unus alterum libertum ſuum eſſe dicit; id eſt, a ſe iuſta ſervitute manumiſſum, ſeque ei patronum eſſe. *Inſt. de liber.* in princ. *L. adoptivum, §. patronum, D. de in ius voc.* alter autem ſe eius libertum, id eſt ſe ab eo manumiſſum negat: ſed ſe aut ingenuum plane eſſe, aut ab eo cum quo agitur, ingenuum eſſe contendit. Unde quæſtio huius iudicii propria, an is, qui libertus dicitur, ſit libertus, an ingenuus. Neque hic refert, uti nec in priore ſpecie, uter de iure ſuo adverſus alterum ad iudicium provocet: ſed alterutro agente præiudicium ſeu præiudicialis actio redditur: in qua eadem quæſtio verſatur. *L. circa. L. quoties, D. de prob. L. ult. D. ſi libert. ing. eſſe dic.*

V. Tertia ſpecies eſt, quæ hic dicitur *de partu agnoſcendo*. Cui tunc locus eſt, cum maritus ſoluto matrimonio partum ab uxore editum ſuum eſſe negat; ſive quod neget eam uxorem ſuam fuiſſe, ſive quod ex ſe prægnantem. *L.* 1. *§. dies*, in fin. *D. de agnoſc. lib.* mulier contra legitimum partum eſſe & ex marito editum contendit. Agit ergo Mulier in hac controverſia adverſus maritum intendens ſe & uxorem eius, & ex eo prægnantem fuiſſe: petit, ut ita eſſe pronuntietur, quo & maritus partum pro ſuo agnoſcat, agnitum pro iuſto filio habere, atque alere cogatur. *d. L.* 1. *§. pen. §. ult. de agnoſc. lib.* Hæc actio mulieri non eſt neceſſaria, cum & ſine iudicio maritus partum agnoſcere, & pro ſuo alere cogitur. Quod tunc placuit, cum denuntiatione legitima præcedente, qua nuntietur mulier prægnans eſſe, nec maritus, nec quiſquam nomine mariti reſpondet ex eo non eſſe prægnantem. *d. L.* 1. *§. denuntiare*, verſ *pœna*, *§. pen. eod.* Denuntiatio autem iuſta in hac re talis deſcribitur in *d. L.* 1. *§.* 1. permittitur mulieri, parentive, in cuius poteſtate eſt, vel ei, cui mandatum ab eis eſt, ſi putet prægnantem, denuntiare intra dies triginta poſt divortium connumerandos, ipſi marito vel parenti in cuius poteſtate eſt, aut domum denuntiare, ſi nullius eorum copiam habeat: hoc autem denuntiatur mulierem eſſe ex eo prægnantem; ibidem in *§. denuntiare*. Tunc ergo mulieri neceſſaria eſt hæc actio ad agnitionem partus, cum aut non denuntiavit ſe eſse prægnantem, vel ii nomine eius, quos ſupra diximus: aut ipſa denuntiante maritus negavit ex ſe prægnantem eſſe. *d. L.* 1. *§. ult.* Competit hæc actio ſoluto matrimonio adverſus maritum, qui ita, ut dixi, partus controversiam facit. Competit & adverſus avum, ſi poſt mortem mariti eiuſdemque patris partus edatur avo ſuperſtite, in cuius poteſtatem recaſurus ſit partus, ſi ex filio eius natus probetur; avus autem partum ſimiliter non agnoſcat. *L.* 3. *§.* 1. *D. eo.* Actio de partu eſt, non tantum ſi poſt divortium edatur, ſed etſi iam ante conſtante matrimonio ſit editus, & de eo agnoſcendo agatur. Sed nec tantum de eo, qui edatur poſt divortium, ſed etiam de eo qui edatur poſt mortem mariti, atque ita matrimonio morte mariti ſoluto. *d. L.* 3. *§.* 1. Hæc actio de partu non item vice verſa marito adverſus uxorem competit, ut neget eam ex ſe fuiſſe prægnantem, ne poſtea partum agnoſcere cogatur. Ideo dicitur actio de partu agnoſcendo, ut declaretur ea agi adverſus aliquem, quo is partum agnoſcere cogatur, At hoc ſola petit uxor a marito qui prius partus facit controverſiam: nunquam maritus ab uxore, cum illud contendat potius, ne partum agnoſcat. Et vero ad eam rem actio de partu illi ſit inutilis. Nam ſi mulier nihil denuntiavit, aut ea denuntiante reſpondit maritus non eſſe ex ſe prægnantem, etiam ſine iudicio non cogitur partum agnoſcere: ut ad id obtinendum quod habet, actio sit inepta. *d. L.* 1. *§. Iulianus*, verſ. *idem per contrarium.*

1) Et proclamare ſimpliciter ac conciſe dicti qui ad libertatem *L.* 4. *C. ubi ca. ſtat. agi* Seneca 2. *Controv.* 2. P. Fab. 2. *Semeſtr.* 16. *pag.* 256. *ac ſeq.*

2) Etiam aliis auctoribus Terent. *Adelph.* 2. *Sc.* 1. Plaut. *Penulo* 4. *Sc.* 2. non a liberalitate, ut quidam inſulſe, ſed libertate, ſicuti & artes liberales, Merc. 2. *Opin.* 21. Ioan. a Wover. *de Polymathiae.* 3. Unde & liberalitas dicitur quaſi libero digna ſicuti & Græce [illegible] 4. *Eth. Nicom.* 1. Tho. Sagittar. *Exerc. Ethic. Exater* 13. *Theſi* 4. *lit. B.* Plane Rævar. 1. *de Fraud.* 12. Liberales cauſſas a præiudicialibus actionibus differre contendit. Sed in his immorari non libet.

rium. §. *ult.* illic, *plane*, *D. eod.* Contra ſi muliere denuntiante non negavit ex ſe prægnantem, ſic partum alere cogitur, ut non poſſit id detrectare. *ead. L.* 1. §. *denuntiare*, verſ. *pœnæ*. Sane non ideo partus illi filius & ſuus heres efficitur. *ead. L.* 1. §. *idem Iulianus*. Quæ res facit, ut poſſit & ea de re iudicio experiri, de quo mox: ſed de eo an quis ſit filius noſter necne, cum ipſo filio agitur, non cum uxore, quæ dum non cogatur partum alere, de conditione filii iudicium accipere neceſſe non habet.

VI. Huic finitima eſt quarta ſpecies, qua inter patrem & filium agitur, in qua & ipſa quæritur, an quis ſit filius & in poteſtate Lucii Titii, necne: quod quidem cum ſuperiore ſpecie commune eſt. Nam & illa quæſtio, an partus ſit ex Lucio Titio editus, non aliud continet, quam hoc, an is partus ſit filius & in poteſtate Lucii Titii. Unde & ſententia pro partu eum filium, & ſuum heredem facere dicitur. *d. L.* 1. in fi. *de ag. lib.* Sed tamen hæc poſterior longe diverſa eſt ab illa priore de partu agnoſcendo. Hac enim poſteriore non inter uxorem & maritum agitur in controverſia de conceptione partus: ſed inter patrem & filium ipſum: ſic nunc voco eum, qui pater, & qui filius dicitur. Illa de partu ſoli matri datur adverſus maritum, non marito adverſus matrem: hæc poſterior & patri maxime adverſus filium, & viciſſim filio adverſum patrem. Actio de partu datur matri ſolum affirmanti partum iuſtum eſſe, & filium mariti; non neganti. Hæc poſterior quam dico, ſic patri datur adverſus filium, ut detur & affirmanti filium ſuum eſſe eum cum quo agitur, & contra neganti. Similiter & filio datur in utramque partem, id eſt, ſive filium ſe eſſe intendat Lucii Titii, petatque, ut agnoſcatur a patre, ſive ſe filium eius eſſe neget. Sed & in hac poſteriore ſpecie non quæritur, an quis ſit filius ex cauſſa iuſti partus: ſed ex quavis cauſſa, qua quis iure civili iuſtus filius efficitur. In ſumma ſciamus ei qui pater dicitur competere actionem præiudicialem adverſus eum qui dicitur filius, non tantum qua intendat ſe patrem eſſe & illum filium, qui ſe filium negat: ſed & contra qua neget eum filium ſuum eſſe, qui ſe filium eſſe contendit. Et vice verſa filio adverſus patrem ultro eandem actionem dari in alterutram partem de iure filii affirmanti. In quibus omnibus una hæc quæſtio verſatur, an quis ſit filius, necne. Pater ſi filium petat, qui ſe filium eius eſſe neget; præiudicio agit cum filio, ut is filius ſuus pronuntietur. Hoc præiudicium intelligit Ulpianus in *L.* 1. §. 1. *D. de rei vind.* in his verbis: *petuntur liberi noſtri, qui ſunt in poteſtate, aut præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria*. Id autem ita fit: aut enim liberi noſtri detinentur ab aliis, aut ipſi nobis faciunt ſui controverſiam. Adverſus alios agitur interdicto, de liberis exhibendis ducendiſve. Ipſi ſi ſui controverſiam faciunt, & ſe liberos fatentur, ſed ſe eſſe in poteſtate negant, tranſigitur hæc res cognitione prætoria, quæ duo ita traduntur in *L.* 3. §. 1. *D. de lib. exh.* Unde relinquitur tertium, ut ſi plane ſe filios negent, præiudicio locus ſit, quo a nobis petuntur. Sed & neganti aliquem ſuum filium eſſe aliquando actione opus eſt, ut declaretur id ita eſſe: ut cum partus ex uxore editus eſt, & cum illa denuntiaſſet tempeſtive ſe eſſe prægnantem, maritus non negavit. Hic enim in re dubia partus pro filio habetur, & pro tali alendus eſt. Sic tamen ut placeat non ideo hunc filium eius, & ſuum heredem affici, & huic veritati locum ſuperfore, ut cum id conſtiterit, non amplius eum alere cogatur. *L.* 1. §. *Iulianus*, §. *idem Iulianus, de agnoſc. lib.* Quomodo ergo conſequetur pater, ut talis hic declaretur? nempe iudicio, quo de ea re agatur adverſus eum, qui filius dicitur. Non dubium ergo, quin & neganti detur actio in eam rem: ac quæ datur, ipſa itidem præiudicialis: utpote quæ habeat omnia, quæ præiudicii propria eſſe dicimus, de quibus paulo poſt. Hæc eadem actio vice mutua ei qui filius dicitur, ultro agenti dabitur, ſive ſe filium Lucii Titii eſſe intendat, ſive neget. Si quis pro filio non agnoſcitur, qui ſe filium dicit, huic præiudicialis actio eſt adverſus patrem, qua petit, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoſcatur. Datur hæc actio matri pro filio. *L.* 3. §. 1. *D. de agnoſc. lib.* multo magis ipſi filio competere quis dixerit. E converſo ſi quis pro filio habitus neget ſe filium, eodem modo illi actio in eam rem danda eſt, quo datur ei qui neget ſe eſſe eius patrem, ne ea quæ ſunt filii, præſtare cogatur. Sic datur præiudicialis actio ei, qui ſe ſervum neget, ne præſtare cogatur, quæ ſunt ſervi. Sic & qui ſe libertum negat, & ingenuum eſſe dicit, ne præſtet, quæ ſunt liberti. Cur non detur etiam ei, qui ſe filium alicuius eſſe negat, ne præſtet, quæ ſunt filii, ratio reddi non poteſt. Quæ ſi ita recte di-

ſtin-

Digitized by Google

ſtinguuntur, fiunt quatuor ſpecies, quas harum actionum recte numeremus. Melius tamen fortaſſe & aptius hæc ita diſtinguantur, ut actionum præiudicialium ſtatuantur genera hæc tria. Unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber ſit, an ſervus. Alterum de ingenuitate, in quo quæritur, libertus quis ſit, an ingenuus. Tertium de familiæ poteſtate, in quo quæritur, utrum quis ſit filius, an non ſit. Huius autem generis ſpecies duæ. Una, qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoſcendo pro legitimo partu, & eo qui ſit filius. Altera, qua agitur inter duos, quorum unus ſe patrem dicit, alter negat: aut contra unus ſe patrem negat, alter eum eſſe contendit.

VII. Dicuntur hæ actiones præiudiciales: item & uno verbo præiudicia. *L. quoties, D. de prob. L. ult. D. ſi lib. ing. eſſe dic. L. 3. §. 1. D. de ag. lib. 1. §. 1. D. de rei vind. L. actionis, D. de obl. & act.* Cur ita vocentur, videndum eſt. Nomen quidem ex re ductum, quæ ſit harum actionum propria. Sed quæ ſit ea res, unde nomen, aut non intelligitur ab omnibus, aut non eſt explicatu ita expeditum. Præiudicium [3] eſt iudicium præcedens de re aliqua, ad ſequentem aliquam cauſſam ita pertinens, ut priore illo iudicio de hac quoque ſequente iudicium ante factum intelligatur. Sic enim fit, ut prius illud iudicium in ſua cauſſa de qua actum & iudicatum eſt, dicatur abſolute iudicium: in ſequente autem ad quam etiam pertinet, dicatur præiudicium; quia ad hanc relatum ſit iudicium præcedens: & tamen nihilominus in hac ipſa iudicium, quia & huic cauſſæ iudicium & finem adferat, quaſi & de ea ſimul iudicatum ſit.

VIII. Quid ergo, an actiones de ſtatu ſuperiores ideo dicuntur præiudiciales, quia aliis cauſſis ſequentibus præiudicium adferunt? Sed hoc commune eſt cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præiudiciales. Si ex cauſſa de inofficioſo inter filium & heredem ſcriptum cognoverit iudex, & pronuntiaverit contra teſtamentum, nec fuerit provocatum; ſententia non ſolum ius facit de hereditate inter litigatores, ut ſit ſuus heres, ſecundum quem iudicatum eſt; ſed & legatis & libertatibus præiudicium adfert, ut quaſi de his quoque iudicatum ſit, nihil eorum debeatur. *L. Papinianus, §. ult. D. de inoff. teſt.* Nemo tamen actionem de inofficioſo teſtamento præiudicialem eſſe dicit. Item ſi debitor ſciente creditore egerit de proprietate pignoris, & victus ſit, ea res creditori quandoque de eadem re agenti præiudicium facit. *L. ſæpe, verſ. ſcientibus, D. de re iud.* Neque tamen vindicatio debitoris dicitur actio præiudicialis. An potius dicuntur præiudiciales, quod alia quæſtione inſtituta ea quæſtio ſuſtinenda eſt, donec de his actionibus iudicium fiat: ut ſint præiudiciales, quia [4] earum iudicium præcedere debeat? Sed & hoc commune cum omni cauſſa maiore; cuius hæc conditio eſt, ut ſi de ea agi cœperit, ac deinde minor inſtituatur, a qua præiudicium maiori metuatur, ſemper ſuſtineatur minor, & prius de maiore iudicium fieri oporteat. *L. per minorem, D. de iud. L. fundum. L. fundi. L. rei, D. exc. L. 5. in fin. D. de her. pet.* Non ideo tamen actio de re maiore inter actiones præiudiciales numeratur. Aliud igitur eſſe oportet, quod ſit harum actionum proprium, unde & præter cæteras dicantur præiudiciales. Et res ita habet. Præiudiciales ſunt ſuperiores actiones de ſtatu, non tantum quia aliis rebus præiudicium aliquando adferunt, ſed quia huius ipſius præiudicii aliis rebus faciendi cauſſa inſtituuntur; & ut inſtituuntur, ita his præiudicium ſine exceptione adferunt, id eſt, non tantum inter easdem perſonas, ſed etiam inter alias omnes, inter quas de eodem ſtatu quæſtio poſtea inciderit: quorum utrumque in has ſolum actiones cadit: ut proinde finis præiudicii, & præiudicii poteſtas in his actionibus duæ ſint notæ certæ, qua diſtinguantur a cæteris, unde & merito nomen proprium obtineant.

IX. Duæ ergo res ſunt, ut de his diſtincte dicatur, & diſtinctæ demonſtrentur facilius, quæ actiones iſtas vere & proprie præiudiciales faciunt: finis præiudicii his propoſitus, & præiudicii poteſtas iiſdem attributa. Finis harum actionum hic proprius, quod cum ſint de ſtatu, non tamen propter ſtatum ſolum inſtituuntur, alioqui inutiles futuræ: ſed propter ea commoda aut incommoda,

3) Vide auctores citatos *Lib. 22. Civil. Commentarior. C. 8. N. 18.*

4) Quomodo vult Ræv. 1. *de Præiudic.* 12. non inde dici quod in iis magnum præiudicium vertatur, nec quod aliis cauſſis præiudicent, nec quod per illas impediatur, ne præiudicium feratur, ſed quod prius, quam cauſſæ ad quas pertinent, per datum iudicem expediantur. Sic eſſe in manuſcripto libri vetuſtiſſimi *de verbis iuris*. Præiudiciales dicuntur, quæ in modum exceptionis opponuntur, & ante primam quæſtionem de neceſſitate terminantur. Quæ credibile eſt, ait Rævardus, ex Iuriſconſultorum aliquibus reliquiis eſſe.

quæ ex ſtatu naſcuntur: ut ſcilicet cauſſis controverſiiſque omnibus de eo genere quandoque incidentibus, iam nunc in hoc iudicio præiudicium adferant; id eſt, ut pro eo, ac de ſtatu iudicatum erit, ita commoda & incommoda ei ſtatui adiuncta ſequantur, quaſi eadem opera & de his iudicium factum eſſet. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt multa eſſe, quæ ſtatu conſtituto, de quo ſuperioribus actionibus agitur, per cauſſam eius ſtatus præſtari aut non præſtari oporteat. In ſervitutem petitur aliquis. Servitutis hæc ſunt incommoda præter alia multa. Præſtabit ſervus domino operas velit nolit, & eas quaſcunque dominus imperabit: alioqui coercendi ius eſt. Bona præterea omnia, & quidquid per ſervum acquiritur, in domini poteſtate, iure ei quæſita. *§. 1. Inſt. de his qui ſunt ſui vel al. iur.* Agitur cum aliquo tanquam cum liberto. Liberti hæc onera ſunt. Honorem & reverentiam patrono debet: ex quo illa, ne quam actionem famoſam adverſus patronum inſtituat, aut adeo quæ doli vel fraudis habeat mentionem. *L. 2. L. parens. L. licet, D. de obſ. a par.* ne patronum in ius vocet ſine venia prætoris. *L. 4. D. de in ius voc.* Debet & libertus patrono operas, quæ pro beneficio manumiſſionis erunt impoſitæ. *L. operis, D. de op. lib. L. ſi non ſortem, §. libertus, D. de cond. ind.* Succeſſio præterea libertorum patrono edictis prætorum delata eſt. *Inſt. de bo. lib.* Agitur de eo, an quis ſit filius, necne. Patris hæc iura ſunt: honorem & reverentiam patri filius debet. *d. L. 2. parens, D. de obſ.* Si quid filio qui in poteſtate eſt, obvenit a patre, id patri acquiritur: ſi aliunde, uſusfructus eſt patris. *§. 1. Inſt. per quas perſ. no. acq.* Sed patrem & filius alere debet. *L. ſi quis a liberis. D. de ag. lib.* Viciſſim hæc filii ſunt commoda. In primis filium alere debet pater. *d. L. ſi quis a,* in princ. & *§. ſi vel parens. L. ult. § ipſum autem, C. de bon. quæ. lib.* Ius item agnationis patri & filio cum invicem, tum cum aliis, qui eiuſdem ſanguinis ſunt, conſtitutum, ex quo & hereditatum inter ipſos perceptio. Hoc ergo dicimus quæcunque actiones præiudiciales vel de ſervitute, vel de libertinitate, vel de familia, ſi per ſe ſpectantur, eſſe agenti inutiles, etiamſi maxime ſecundum actorem pronuntietur, & conſequatur is de ſtatu, quod petit. Nam qui aliquem ſervum ſuum eſſe intendit, libertum ſuum, aut filium, is nihil aliud petit, quam ut is cum quo agit, talis pronuntietur: nec aliæ ſunt partes iudicis, quam ut talem pronuntiet. *L. Divi, §. 1. D. de lib. cau. L. circa, D. de prob. L. 1 §. ult. D. de agnoſc. lib.* Eſto, iudex talem eſſe pronuntiet: quid inde conſequitur actor, ſi hic conſiſtitur? nihil amplius, quam ante. Quod non idem fit in aliis actionibus: in quibus ita agitur, ut petamus aliquid nobis dari, fieri, reſtitui: quod & ipſum ſententia iudicis conſequimur, adverſario in unum aliquod ex his, prout petitum eſt, condemnato. Nulla illarum rerum petitio eſt in actione præiudiciali: ac propterea nulla etiam eiuſmodi condemnatio iudicis.

X. Et hoc eſt, quod Theophilus præiudicialem actionem eſſe definit hoc loco, formulam intentione ſola conſtantem, quæ condemnationem non habeat. Recte Theophilus: neceſſe eſt enim, ubi non petatur ab adverſario, ut aliquid præſtet, ibi nullam eſſe adverſarii condemnationem: quoniam ſententia iudicis non debet excedere id, quod in iudicium deductum eſt. *L. ult. C. de fid. lib. L. ut fundus. D. com. divi.* Habet quidem præiudicium ſententiam & pronuntiationem iudicis de ſtatu: ſed non condemnationem in id, ut quid detur, aut fiat ab adverſario. Quod cum ita ſit, inutilis eſt, ut dixi, agenti præiudicialis actio, ſi intra ſtatum conſiſtitur, ac non inſtituitur actio alterius rei cauſſa. Quorſum ergo actio, aut quæ utilitas horum iudiciorum? Nempe hæc, ut actor ſtatu illo adverſarii ſententia iudicis conſtituto, conſequatur ea, quæ ſunt domini, quæ patroni, quæ patris: ac ne fruſtra egerit, ut hoc iudicium ad ea deinceps obtinenda ei proſit. Apparet igitur, ſi qua hic utilitas eſt, inſtitui has actiones cum propter eas res quæ ſequuntur, tum vero præiudicii de his rebus faciendi cauſſa, ut quandocunque de his rebus controverſia inciderit, intelligatur de his iam nunc iudicium factum eſſe. Quod ſi hic horum iudiciorum finis eſt, & is eorum iudiciorum proprius, perſpicuum eſt ex hoc fine recte præiudiciales appellari, ſimiliter ut pœnales vocamus, quæ pœnæ perſequendæ cauſſa rei perſecutorias, quæ rei perſequendæ inſtituuntur.

XI. Atque ut hic finis eſt harum actionum, ut controverſiis rerum ex eo ſtatu pendentium præiudicium adferant: ita vere hoc illis ineſt, ut adferant: ut non magis his inſit finis præiudicii aliis cauſſis faciendi, quam huius præiudicii vis & poteſtas. Sic, inquam, eſt actionum præiudicialium vis & poteſtas, ut in omnibus quæſtionibus, quæ per cauſſam ſtatus naſci

ſei poſſunt, (quæ quales ſint in ſingulis generibus, ſupra diximus) præiudicium, ſeu ius faciant, id eſt, quaſi de iis quoque iudicatum ſit, ſic litem omnem quæ poſtea de his incidet, dirimant: idque non ut in aliis actionibus inter eaſdem perſonas, ſed inter omnes etiam maxime extraneas. Exemplo ſit actio de partu agnoſcendo, quando de hac ſpecie hoc quod dico, apertius traditum eſt, quam in aliis eiuſdem generis. De ea ergo ita ſcriptum eſt in *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *L.* 3. in pr. *D.* de agnoſc. lib. *Plane ſi denuntiante muliere negaverit maritus ex ſe prægnantem, tametſi cuſtodes non miſerit, non evitabit, quo minus quæratur, an ex eo mulier prægnans ſit, necne: quæ cauſſa ſi fuerit acta apud iudicem, & pronuntiaverit cum de hoc agetur, quod ex eo prægnans fuerit; in ea cauſſa eſt, ut agnoſci debeat (ſive filius non fuit, ſive fuit) quaſi ſuus ex omnibus cauſſis. Quare & fratribus ſuis conſanguineus erit. Sive contra pronuntiaverit, non erit ſuus, quanvis ſuus fuerit, placet enim eius rei iudicem ius facere.* Idem ergo eveniet, etsi inter patrem & filium præiudicium redditum ſit, & iudex eum qui filius dicitur, aut filium eſſe Lucii Titii pronuntiaverit, aut contra filium non eſſe. Quo exemplo idem & in actione de libertinitate intelligemus. Finge ita: inter patronum & libertum iudicio actum eſt, quod patronus diceret illum libertum ſuum eſſe. Iudex libertum eſſe pronuntiavit; nec quidquam amplius tum patronus conſecutus eſt. Poſt patronus obſequium deſiderat, petit operas, poſtulat ne adverſus ſe famoſa actio intendatur, neve in ius vocetur, quibus de cauſſis ab initio præiudicium reddi ſolet. *L. ult. D. ſi lib. ing. eſſe dic.* Quanvis ille ſe nunc libertum neget, nihil tamen nunc novo iudicio opus eſt ad eam rem. Iam enim ante de eo iudicium factum eſt, cum hic pronuntiatus eſt libertus: quoniam hoc conſtituto, & hæc quæ dixi, & alia pleraque conſequantur. Sed hoc inter eaſdem perſonas ſtatui, ius cum aliis rebus iudicatis commune eſt. *L.* 3. *D. de exc. rei iud.* Nos dicimus amplius, ſi liberto mortuo quæratur de eius ſucceſſione inter patronum & cognatos liberti, quorum hi cognatum ſuum ingenuum fuiſſe dicant, hic fuiſſe libertum, & tanquam patroni iure hereditatem vindicet: ſententiam priorem ad hanc quoque cauſſam pertinere; ut quanvis eadem quæſtio revocetur inter alias perſonas, & dici ſoleat res inter alios actas & iudicatas aliis non præiudicare: *L. ſæpe, D. de re iud. L.* 1. *D. de exc. rei iud.* tamen in præiudicio ſecus ſit, & illud iudicium de ſtatu factum legitimo contradictore rem agente, ius de eo faciat inter alias quoque perſonas, inter quas quandoque quæretur, libertus is quem diximus, fuerit, necne. Idemque eveniet e converſo pro eo qui libertus dicebatur, ſi pronuntiatus fuerit ingenuus, idque factum ſit iuſto contradictore, id eſt, eo qui ſe patronum dicebat ſine colluſione. *L. Divi,* §. 1. *D. de lib. cauſ. L. cum non iuſto. L. ult. D. de colluſ. deteg.* Idque eſt, quod dicitur in *L. pen. D. de ſtat. hom.* ingenuum accipiendum eſſe etiam eum, de quo ſententia lata eſt, quanvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipiatur. Hoc ſic accipe, quia res de eo iudicata: nam ſi de omni ſententia hoc diceretur, nihil erat, cur ſuperius illud diceretur potius de ingenuitate, quam de alia quavis conditione; de qua iudicatum eſſet. Nunc autem proprium aliquid intelligi voluit Ulpianus de ingenuitate: hoc autem eſt, ut res de eo iudicata in totum pro veritate habeatur; id eſt, hanc vim habeat, ut habeatur pro ingenuo, qui ingenuus pronuntiatus eſt, etſi ab aliis, quam cum quibus res acta eſt, fiat ei ingenuitatis controverſia: exemplo eius, qui filius pronuntiatus eſt, aut non eſſe filius. *d. L.* 1. §. *ult.* & ſeqq. *de agnoſc. lib.* Quod cum non item ius ſit in aliis actionibus, *d. L. ſæpe, D. de re iud.* apparet hac quoque parte ius ſtatui proprium actionum præiudicialium; ex quo eodem rectiſſime & ipſæ præter cæteras dicantur præiudiciales.

XII. Hoc genus actionum in rem eſſe videri ait Iuſtinianus. Recte videri, non eſſe. Nam proprie in rem non ſunt, quia in his non eſt res quæ reſtitui debeat, aut de qua reſtituenda ſententia feratur, ut ſupra dixi: quod tamen contra fit in omnibus in rem actionibus, quæ proprie tales ſunt. *L. officium. L. qui reſtituere, D. de rei vind. L. ſi fundus,* §. *in vindicatione, D. de pig.* In rem tamen videntur eſſe, quia his actionibus omnibus qui agit, ſuum aliquid petit, dominus ſervum ſuum in ſervitutem: is qui ſervus dicitur libertatem ſibi aſſerit: patronus ius patronatus: is qui libertus dicitur, contra ſibi vindicat ingenuitatem. In quæſtione de familia pater ſuum filium velut petit: filius ſe illius filium eſſe contendit; & ita ille ius patris, hic ius filii ſe habere. In rem igitur hactenus, cum in rem dicamus eas, quibus

rem noſtram, aut ad ius noſtrum pertinentem petimus, ut docuimus ad §. 1. *ſupra eod. tit.* Et ut actio in rem adverſus poſſeſſorem eſt; *L. actionum, D. de obl. & act.* ſic & præiudiciales actiones adverſus eum, qui eius rei quam hic velut noſtram dicimus, nobis controverſiam facit, eoque eam quaſi tenet, poſſidet, ut in ſervitutibus fieri diximus ad §. *æque, ſupra eod.*

XIIII. Supereſt, videamus, ex ſuperioribus generibus actionum quas legitimam cauſſam habere, & cur habere dicat, quas ex prætoris iuriſdictione ſubſtantiam capere. Ait igitur: *ex quibus fere una illa legitimam cauſſam habet, per quam quæritur, an aliquis liber ſit.* Non dicit actionem hanc legitimam eſſe, ſed habere cauſſam legitimam. Quæ ergo iſta cauſſa eſt hic agendi legitima potius, quam in cæteris? Hæc videlicet, quod in hoc genere proprie rem noſtram petimus, eamque nobis aſſerimus. Rem enim dominii ſui vindicat, qui ſervum petit in ſervitutem. Et vice verſa is qui ſervus dicitur, etſi in libertatem proclamat, rem tamen ſuam petere quodammodo videtur, dum ſe quaſi ſibi vindicat: certe ſe ſuum eſſe dicit: ſic enim de manumiſſo loquitur Perſius *ſat.* 5.

Vindicta poſtquam meus a prætore receſſi.

Porro conſtat civilem eſſe hanc cauſſam in rem agendi, ſi quis dominium ſuum vindicet. §. *namque, ſupra eod.* Non eadem intentio eſt in cæteris actionibus, in quibus ſcilicet quæritur, utrum quis libertus ſit, an ingenuus; filius ſit, an non ſit. Nam nec libertus, nec filius ſunt dominii noſtri, ut maxime libertum noſtrum, aut filium eſſe conſtiterit. Et ut pronuntiati ſint, ille ingenuus, hic non eſſe filius: non tamen eo magis ſe ipſos ſibi adepti videantur; cum etſi liberti ſint, aut filii, nihilominus ſui ſint, id eſt, liberi. Cauſſa igitur hæc omnis præiudicio agendi non civilis, ſed prætoria: ut merito a prætore introductæ hæ actiones videri debeant. Sed cur illam actionem, in qua quæritur, an quis liber ſit, cum legitimam cauſſam habere dixit, addidit, *fere:* cum illius ſolius videatur eſſe propria ea cauſſa, quam diximus? Videri poteſt additum propter actionem, quæ eſt de partu agnoſcendo: quæ etſi non diſſimilem cauſſam habet, ab iis, in quibus quæritur, filius aliquis ſit, an non ſit, libertus ſit, necne: tamen mulieri ad præiudicium pro partu faciendum prodita videtur ex ſenatuſconſultis, ut coniicere licet ex *L.* 1. in princ. & *L.* 3. §. 1. *D. agnoſc. lib.* Proinde ex iure civili proficiſci; quia huius iuris pars ſunt ſenatuſconſulta, *L. ius autem, D. de iuſt. & iur.*

Sic

Digitized by Google

Sic itaque,

§. XIV.

Scopus huius §. & *ſumma* I.
Formula vetus actionis in perſonam, ex formula indicatur actio. II. V.
Dandi verbum. III.
Quod noſtrum eſt, cur non poſſit magis noſtrum fieri. IV.
Actiones, interdicta ex initiis verborum edicti, aut formulæ appellata. V.
Condictio adverſus furem de re noſtra; & an recte conſtituta, & quid plus habeat condictio, quam vindicatio. VI.
Magis teneri furem pluribus actionibus quomodo accipiendum. VII.
Condici rem poſſe non ſolum furi, ſed etiam cuivis malæ fidei poſſeſſori. VIII.

Sic itaque diſcretis actionibus: certum eſt, non poſſe actorem ſuam rem ita ab aliquo petere, ſi apparet eum dare oportere. Nec enim quod actoris eſt, id ei dari oportet: ſcilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat. Nec res quæ iam actoris eſt, magis eius fieri poteſt. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum eſt, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, ſi appareat eos dare oportere: quamvis ſit adverſus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem ſuam quis eſſe petit.

I. UT circa diviſionem actionum in rem, & in perſonam, occurrebat ante de generibus iſtis dubitatio, quam ſuperiore § diluit: ita diviſione ſuperiore & membris ſuperioribus duobus bene conſtitutis, conſequens fuit, ut de vi diviſionis admoneret, tum de nominibus ipſorum generum, ſi quid forte in his cavendum, aut animadvertendum videretur, quod ad certiorem eius diviſionis cognitionem faceret: quod & nunc facit. Ac monet hoc loco, quod ad vim eius pertineat: de nominibus dicit *ſequenti* §. Vis diviſionis hæc eſt, ut quoniam diximus actiones in rem eſſe, quibus rem noſtram petimus: in perſonam, quibus petimus, quod nobis debetur ex obligatione, ſive quod nobis ex obligatione dari fieri oportet: hinc intelligamus de eadem re utramque hanc actionem non competere, ut vel rem noſtram actione in perſonam, vel rem nobis debitam actione in rem petere liceat. Contraria enim ſunt, quod noſtrum eſt, & quod nobis debetur, ſeu dari oportet: cum id dari oporteat, quod nondum noſtrum eſt, ſed alienum, ut hic explicat. Non fuiſſet admodum neceſſe de eo nos moneri, ſi eſſet perpetuum: cum ex diviſione ipſa & definitionibus generum traditis in §. 1. ſatis intelligeretur. Nunc quia non eſt perpetuum, ideo hoc ipſum hoc loco attingendum fuit, ne quis ex hac diſcretione eſſet error. Quod & ipſum nunc agitur. Significat igitur in ſumma, ita diſcretis actionibus, ut ſupra factum eſt, hinc conſtare, rem nobis ex obligatione debitam ſic actione in perſonam peti poſſe, ut non poſſit actione in rem: cum quod nobis dari oportet, noſtrum non ſit; actio autem in rem nulli detur, niſi ei qui ſuum petat. *L. in rem, D. de rei vind. L. actionum, D. de obl. & act.* Id autem eſſe perpetuum: quod ea re declarat, quod hac parte nihil excipit: imo hanc partem ne attingit quidem. At ſi de re noſtra ageretur, hic vero aperte ſcribit in eo quidem genere regulariter ius idem valere, ut quæ res actione in rem peti poteſt, non poſſit etiam peti actione in perſonam: ſed tamen non ſemper ita eſſe: in rebus enim furtivis & mala fide poſſeſſis locum non habere, de quibus adverſus furem & malæ fidei poſſeſſorem utraque ſit actio domino, & in rem, & in perſonam. Propter quam exceptionem neceſſe habuit ſolum de re noſtra dicere, & ante exceptionem præmittere defini-

finitionem conſequentem ſuperiori actionum diſcretioni, ut ex regula ad exceptionem perveniret.

II. Ait, *non poſſe actorem ſuam rem ita ab aliquo petere, ſi apparet eum dare oportere*: Id eſt, non poſſe rem ſuam petere actione in perſonam, ſeu formula & intentione actioni in perſonam conveniente: fuit enim hæc formula iudicii & actionis in perſonam propria, ſi paret illum dare facere oportere, ut indicat §. 1. *ſupra eod. infra de exc.* in pr. & §. *præterea*. Quæ oratio perfecta non eſt, deſunt hæc verba, *iudex condemnato*, ut Theophilus hic ſcripſit. Ita ex formula actionis actionem ipſam intelligimus. Nam quod inter eruditos iam conſtat, ſic fuit olim mos iudiciorum apud Romanos, ut prætores non ſolerent iudicare ipſi, ſed litigatores ad iudicem quem darent, remittere, & una ipſis iudicium dare, id eſt, formulam iudicii, quam iudex in iudicando ſequeretur: & ſimul ea formula iudicem deſignabant. Fuit autem in actionibus in perſonam hæc iudicii formula, Si paret Lucium Titium ex mutui cauſſa Sempronio decem dare oportere, Gallus Aquilius iudex eſto, Gallus Aquilius condemnato. Cuius moris teſtimonia diligenter collecta ſunt a Duareno ad *L.* 7. §. 1. *D. de pact.* Teſtis Theophilus hoc loco. Exempla paſſim obvia apud Ciceronem in Verrem oratione quinta. Dicebant autem veteres, ſi paret: & paret pro parebit præſens pro futuro, ut eſt apud Nonium.

III. *Scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat.* Id eſt, quia dare eſt dominium transferre. *L. ubi*, §. *ult. D. de verb. ob.* Quod ſic intelligendum eſt, niſi ex adiuncto mutetur ſignificatio, ut ſit dare pro tradere: ut cum dicimus pignus datum pro tradito. *L.* 1. *C. de non nu. pec.* Dare rem pignori, commodato, & ſimilia ex ſimilibus cauſſis, ex quibus nequaquam dominium transfertur: quæ paſſim occurrent. Quod ſi nulla eiuſmodi adiectio eſt, quæ ſignificationem tradendi habeat, ut cum ſimpliciter ſtipulamur rem dari, ibi valet, quod de ſignificatione verbi hic traditur, ut ſit dare, dominium rei transferre.

IV. *Nec res quæ iam actoris eſt, magis eius fieri poteſt.* Quippe dominium unum eſt. Quare id quiſpiam adeptus, aliud non deſiderat: ac nec poteſt, quia aliud nullum eſt. Sed nec magis res eius fieri poteſt, niſi ſit alius, qui dominium amplius transferat. Atqui ſi quis cœpit eſſe dominus rei, alius non eſt dominus; duo enim domini eiuſdem rei in ſolidum eſſe non poſſunt. *L.* 5. §. *ult.* in fi. *D. commod.* Neque vero qui dominus non eſt, dominium transferre potuit. *L. traditio*, *D. de acq. rer. dom. L. nemo plus*, *D. de reg. iur.*

V. *Plane odio furum.* Exceptio eſt ſuperioris definitionis; interdum & rem noſtram peti poſſe actione in perſonam: receptum hoc eſſe in re furtiva adverſus furem. Id ſignificat, cum ait rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneri, ſi appareat eos dare oportere: hoc enim perinde eſt, quaſi dixiſſet, hac actione, quæ in perſonam eſt; ex formula actionem indicans more veterum, qui ex initiis aut edictorum, aut actionum, & maxime interdictorum, ipſas actiones, & interdicta notare conſueverunt. Unde actio, Quod metus cauſſa, quia initium edicti his verbis. Quod metus cauſſa geſtum erit. *L.* 1. *D. quod met. cau.* Actio ſi certum petetur, pro condictione certi, ex primis verbis edicti, quo hæc condictio proponebatur. *L.* 1. *D. de cond. tri.* Sed hæc ex initiis edicti. Ex initiis formulæ & conceptionis actiones deſignari ſolitas tot fere argumenta ſunt, quot ſunt interdicta. (nam & interdicta ſunt actiones. *L. actionis*, *D. de obl. & act.*) Hinc enim illæ appellationes; interdictum quorum bonorum; quod legatorum; unde vi; uti poſſidetis, & ſimilia: quia ſcilicet omnium ſuperiorum interdictorum prima verba hæc erant. Cuius generis plane eſt hæc appellatio, cum nominatur actio, ſi paret illum dare oportere, ut ſit actio in perſonam: quoniam initium veteris formulæ in hac actione eiuſmodi initium haberet, ut ſupra dixi.

VI. Ius ergo ita eſt, etiam rem noſtram quæ nobis furto ablata eſt, repetere nos poſſe a fure non ſolum actione in rem; ſed etiam actione in perſonam, ut intendamus eam rem nobis dari oportere: quæ intentio eſt huius actionis. *de interd.* in pr. *infra* §. 1. *ſupra eod.* Eum quidem cuius res furto ſublata eſt, de re ipſa furtiva habere vindicationem, id eſt, in rem actionem, ac propter hanc etiam actionem ad exhibendum conſtat: ſed habet una etiam & condictionem, id eſt, actionem in perſonam, quam dixi, ut traditur in *L. ſi pro fure*, §. 1. *D. de condict. fur.* §. *ult. ſupra de obl. quæ ex del. & hic.* Sed huic condictioni & actioni in perſonam de re noſtra furtiva duo videntur adverſari: natura rei primum, deinde iuris ratio. Natura rei hæc eſt, ut quoniam res noſtra eſt, iam amplius noſtra fieri

non

Digitized by Google

non poſſit, eoque nec dari. At actione in perſonam hoc ipſum intendit actor dari ſibi oportere. §. 1. *ſupra eod.* Contra naturam igitur rei, ut illo modo agatur. Iuris ratio facit, ut nulla detur actio, quæ ſit ſupervacua & agenti inutilis. At hæc eiuſmodi eſt: nam cui bono actionem in perſonam adverſus furem dari, cum ad rem recuperandam in rem actio ſufficiat? De quibus ſit hoc reſponſum. Primum verum eſſe, non poſſe fieri omnino, ut quod noſtrum eſt, quatenus noſtrum eſt, amplius noſtrum fiat, ut ſupra oſtendi. Sed cum res furtiva vere ſit noſtra, fingi debet odio furum in furem eſſe translata. Ita etiam fiet, ut procedat intentio. Quod autem domino rei de re furtiva vindicatio competit, non ideo actionem in perſonam de eadem re adiici eſt inutile. Actio enim in perſonam adverſus furem eſt plenior. Habet autem duas utilitates, ad quas actio in rem non pervenit. Nam primum ſi adverſus furem condictionem dederimus; re amiſſa aut perempta quanvis caſu, nullo dolo malo furis, nihilominus is perpetuo tenebitur condictione, ut & tenetur. Non enim poteſt obligatione, ac per obligationem actione in perſonam liberari re perempta, qui prius in ea re moram fecit: fur autem in re furtiva perpetuo moram facere intelligitur. *L. in re*, in pr. & §. 1. *L. ult. D. de cond. fur.* At non item tenetur vindicatione, qui rem ſine dolo malo poſſidere deſiit. *L. qui petitorio*, *D. de rei vind.* Nam quod dicitur in *L. item ſi*, §. *ult. D. de rei vind.* ſi res poſſeſſa poſt moram poſſeſſoris perierit, quanvis ſine dolo malo & alia culpa eius, tamen poſſeſſorem teneri, ut pretium præſtet; nominatim de ſervo & alio animali petito ſcriptum eſt, id eſt, de re petita, quæ poſt litem conteſtatam periit. Ita eſt: etiam in vindicatione poſt litem conteſtatam mora poſſeſſoris perpetuat vindicationem; quia quovis iudicio contrahitur. *L.* 3. §. *idem ſcribit*, *D. de pec.* ut proinde obligatio eo iudicio contracta incipiat exinde ad regulam veterem pertinere, Culpa perpetuat obligationem. *L. ſi ſervum*, §. *ſequitur*, *D. de verb. ob.* Lite autem nondum conteſtata, & nondum inſtituta vindicatione, quo tempore quæritur, an adverſus aliquem competat: ſciamus hanc non competere adverſus eum, qui ſine dolo malo poſſidere deſiit, ut maxime ei poſſit obiici culpa, quod rem aliquando non reſtituerit. Habet & condictio, ſeu actio in perſonam, quæ rei perſecutionem continet, hanc utilitatem, ut detur & ipſa in heredem: quod & in condictione furtiva receptum eſt, *L. ſi pro fure*, §. *ult. D. de cond. fur.* Non ſic in rem actio, quæ quoniam non datur, niſi adverſus eum qui poſſidet, aut dolo malo deſiit poſſidere: ideo nec datur in heredem, niſi quatenus horum alterum in eo intervenerit: quæ res facit, ut iam non detur ut in heredem, ſed ut adverſus poſſeſſorem: niſi tamen poſſeſſor iudicio conventus poſt litem conteſtatam deceſſerit: quia & iam tunc obligatio contracta sit, ut dixi, in quam & heres ſuccedit. *L. ſi in rem*, 51. *L. cum autem*, ſeq. *D. de re rei vind.* In utilitate huius actionis non recte ponemus opinor, infamiam. Nam primum ceſſat infamia in condictionibus, quoquovis ex famosis cauſſis prodeant, ut traditur in *L. ceſſat*, *D de obl. & act.* Et quod dicitur in *L. non poterit*, *D. de fur.* fieri non poſſe, ut furti damnatum non ſequatur infamia, ad furti actionem pertinet, de qua cautum eſt edicto de infamibus. *L.* 1. *L. athletas* in fin. *L. furti*, *D. de his qui not. inf.* Hanc vero multum diſtare conſtat a condictione furtiva. Illa pœnam petit legitimam dupli aut quadrupli: hæc rem ipſam, ut eſt in *L. ſi pro fure*. §. 1. *D. de cond. fur.* Tum autem ut forte condictio furtiva sit famoſa (eſto enim, re ipſa & opinione hominum non effugiat infamiæ notam, ut Accursius ſcribit ex *L.* 2. *D. de obſ. a lib.*) tamen ea res noceat fortaſſe furi: domino certe non prodeſt, ut cuius non interſit reum infamem haberi. Non nego dici poſſe odium furum in eo eſſe, ut ignominioſa actione teneantur. At ut magis teneantur hoc modo, quod Iuſtinianus ſcribit, non recte, ut arbitror, dicetur. Sed ſive hanc utilitatem condictionis haberi placet, ſive non haberi, illæ ſemper manent, quas ante poſui. Datur ergo & condictio, ſeu in perſonam actio adverſus furem utiliter etiam de re noſtra, quamvis adverſus eum de ea re vindicatio competat. Datur tamen præter naturam rei, & regulam communem iuris: ac propterea iure ſingulari, non communi.

VII. Idque odio furum, quo pluribus actionibus magis teneantur, ut hic ſcriptum eſt: ubi *magis teneri eos* addita condictione ſic intelligemus, non ut teneantur magis ob hanc ſolam cauſſam, quia plures hic actiones ſint numero: ſed quia vi & poteſtate huius condictionis magis, id eſt, fortius & efficacius teneantur, quam ſi ſola eſſet vindicatio. Nam ut numerum hic tantum ſpectemus, non

ideo

ideo dicl poſſit quis magis teneri, quia adverſus eum plures ſint de eadem re actiones. Sie enim ſunt actiones iſtæ plures, ut non poſſit agi niſi una, & cum ex una reus ſolverit, confeſtim liberetur, aut ipſo iure, aut per exeeptionem, iuxta regulam iuris, bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *L. bona fides non, D. de reg. iur. L. qui ſervum*, in prin. & §. 1. *D. de obl. & act.* quod & in re furtiva innuitur in *L. ſi pro fure*, §. 1. *de cond. fur.*

VIII. De fure tantum hic ſcriptum eſt, teneri eum de re furtiva non ſolum actione in rem, per quam rem noſtram petimus, ſed etiam actione in perſonam, qua intendimus nobis dari oportere. Sed intelligendum eſt, ius pertinere etiam ad alios malæ fidei poſſeſſores non tantum mobilium rerum, ſed etiam immobilium, ut traditur in §. *ſi tamen, Inſt. de rer. di.* & *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. de cond. tri.* dum tamen in rebus immobilibus ſervetur diſtinctio *d. L.* 2. *de condict. trit.* ut ſi quis fundi poſſeſſionem amiſerit iniuria, fundum ipſum condicere poſſit, ſi dominns eſt: ſi non eſt dominus, ſolam poſſeſſionem. Ut recte in univerſum dicturi ſimus neminem rem ſuam condicere poſſe, præterquam a fure aut malæ fidei poſſeſſore: quod & vulgo receptum eſt. Nam quod legitur in *L. ult. D. uſuf. quemadm. caveat.* proditum eſſe neminem rem ſuam niſi furi condieere poſſe; aut de fure exempli eauſſa dictum eſt, aut ad ſpeeiem illic propoſitam referri debet: ut ſit ſenſus, neminem rem ſuam talem, qualis proponebatur, eondicere poſſe, niſi furi, id eſt, rem mobilem: nam de mobili agebatur. Verum eſt autem, neminem rem ſuam mobilem niſi furi eondicere poſſe: quia qualis qualis ſit poſſeſſor rei alienæ mobilis, ſi mala fide poſſidet, ſemper quia rem invito domino contrectat, furtum facit, §. *furtivæ*, in fin. *ſupra de uſuc.*

Appellamus.

§. XV.

Nomina actionum nota eſſe cui bono. I.
Actio in rem omnis etiam de rebus alienis, vindicatio; ut omnis in perſonam condictio. II.
Vindicandi verbum unde. III.
Vindicare quid, & cur in rem actio, vindicatio. IV.
Condicere quid, & cur actio in perſonam, condictio. V.
Dicere diem. VI.
Condictio & denuntiatio vetus uſurpata etiam in actionibus in rem: cur ergo proprie dicta de actionibus in perſonam? VII.
Condictio nunc abuſive in rem actio, & cur. VIII.

Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in perſonam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim eſt denuntiare priſca lingua: nunc vero abuſive dicimus condictionem actionem in perſonam eſſe, qua actor intendit dari ſibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

I. HActenus in ſuperiore diviſione actionum in rem, & in perſonam, de re ipſa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus horum generum, ut ſi quando nomina in legibus, conſtitutionibus, & aliis ſcriptis veterum occurrent, ut paſſim, intelligamus, quæ ſpecies ex ſuperioribus nominentur, ad quas deinde & definitiones ſuperiores, & ius de ſingulis ante traditum accommodemus. *Appellamus autem*, inquit, *in rem actiones, vindicationes; in perſonam vero, condictiones.* Eadem ſententia Ulpianus in *L. actionum, D.* de obl. & act. *Actionum duo genera ſunt*, inquit, *in rem, quæ dicitur vindicatio: & in perſonam, quæ condictio appellatur.*

II. Generaliter hoc, & ad omnes ſpecies utriuſque generis ex æquo pertinet. Ut enim omnis actio in perſonam dicitur condictio: ſic & vindicatio omnis, quæ in rem eſt, id eſt, non illa tantum qua rem noſtram petimus; ſed & omnes in rem prætoriæ, quæ ſunt de rebus alienis. Unde & vindicatio pignoris dicta hypothecaria actio, qua pignus petimus; quia in rem eſt. *L. ſi fundus, §. in vindicatione, D. de pig.* Et hunc quidem uſum iuris eſse in his appellationibus, non dubitatur.

III. De ratione nominum dubitatur. Quid enim habet vindicationis aut condictionis verbum, quo aut vindicatione significetur actio in rem; aut condictione in perſonam actio? Neque hæc quæſtio hic negligi debuit. Scimus enim etiam in iure, idque etiam Iuſtiniani præceptum eſt, nomina rebus debere eſse conſequentia. §. *ſed nos pleniſſimo, ſupra de donat.* Atque adeo ipſe idem hoc loco cur actio in perſonam diceretur condictio, rationem expoſuit: ſed eam quæ adhuc explicationis egeat: de vindicationis autem verbo nihil dixit. Dicam paucis, ac primum de vindicando. Mitto verbi originem, ut remotiorem a memoria noſtra, & de qua a veteribus nihil traditum legimus. Quam tamen ſi quis requirit, probabile admodum eſt, quod Hotomanus noſter ſibi videri hic ſcripſit, vindico compoſitum verbum eſse a vim & dico, ut vindicare ſit vim dicere ac velut denunciare iis, qui ius noſtrum in re aliqua impediunt. Vim tamen legitimam, qualis olim uſurpabatur iure in iudiciis de rebus noſtris, quam Cicero in oratione pro Cæcinna vocat quotidianam, A. Gellius feſtucariam. Sed quia & de hac ambigi poteſt, propter vindictæ verbum, quo etiam ſignificatur ultio; non urgebo, quod eſt incertius, & ad id, de quo nunc quæritur, non eſt neceſse.

IV. Sumam de ſignificatione id quod conſtat, vindicare rem aliquam eſſe rem aſſerere: ut vindicare in libertatem, aſſe-

rere in libertatem. *L. de bonis, D. de lib. cau.* Eſt autem aſſerere, id quod alicuius eſt, in quo tenendo is ab alio controverſiam patitur, ad ius poteſtatemque eius revocare: efficere, ut ſicut proprie res alicuius eſt, ita eius eſſe iudicetur, eique eam ſine cuiuſquam interpellatione liceat tenere. Idem valet & vindicare. Unde libertatis vindex, id eſt, aſſertor, qui libertatem prope amiſſam in ſuum locum reſtituit, firmavitque. Cicero in epiſtola ad Octavium: *repente exſtitiſti tu vindex libertatis noſtræ*. Idem lib. 3. de legibus: *tabellam ſumat vindicem libertatis*. Et vindex pro defenſore apud eundem in Topicis; *aſſiduo aſſiduus vindex eſto;* id eſt, locuples locupleti defenſor eſto: idipſum quod noſtri dicunt, neminem defenſorem alterius idoneum eſſe ſine ſatisdatione. *L. qui propriæ, §. qui alium, D. de proc.* Satisdat enim, qui fideiuſſorem locupletem dat pro rei qualitate: qualis fideiuſſor hic exigitur. *L. 1. D. in ius voc. ut eant. L. 2. D. qui ſat. cog.* Atqui eiuſmodi aſſertio eſt rei in actione in rem. Huc enim ſpectat qui agit, ut dominium rei ſuæ, aut ius poſſeſſionemve quam habet in re, ſibi aſſerat, id eſt, ſibi conſtabiliat, & firmet: quod & re reſtituta conſequitur: eaque reſtitutio propria eſt hujus actionis. Unde merito qui ita agit, etiam ſibi vindicare dicitur, & actio, vindicatio.

V. De condictionis verbo hic ſcribit Iuſtinianus dictam condictionem a condicendo; quia condicere priſca lingua ſit denuntiare. Sane non priſca lingua tantum, ſed & poſtea latinis uſitata, de iis quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, ſtatuunturque, ut fiant; ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui certo die ut adſit, & vice verſa te adfuturum promittere. Sed quid hoc ad rem, ut propterea nominari debuerit actio in perſonam a condicendo, & denuntiando? Quæ enim eſt iſta denuntiatio, a qua tanquam actionis propria actio deſignari potuerit? Explicat Theophilus. *Nam qui olim*, inquit, *cum aliquo litem habebat, denuntiabat ei, ut hoc aut illo die ad iudicium accipiendum, aut litem perſequendam adeſſet*. Ne defugiamus auctoritatem, eandem ſententiam Feſtus. lib. 3. definit condictionem ex uſu veterum: *condictio*, inquit, *eſt in diem certum eius rei, quæ agitur, denuntiatio*. Sed utrumque uſque adhuc vel obſcurius, vel incertius: nam neque unius denuntiatio ſignificat condictionem, nec quomodo ea denuntiatio interveniret, aut quid ad iudicium pertineret, ſatis intelligitur. Quantum ergo ex iis veſtigiis, quæ de more veterum in hac re in Pandectis nobis relicta ſunt, perſequendo conſequi poſſumus, res huic verbo convenientiſſime ita tranſigebatur. Initium inſtituendæ actionis cuiuſque fuit ab ea parte, ut quis in ius utiliter vocaretur. *§. ult. infra de pœn. tem. lit.* Si quis in ius vocatus eſſet, niſi ſatisdaret ſe poſtea certo die iudicio ſtiturum, cogebatur ire in ius, & quidem ita, ut niſi iret ſponte, duci poſſet. *tit. D. in ius voc. ut eant, vel ſatis vel cau. dent.* Satisdando efficiebat, ut differretur itio in certum diem, in quem caveret reus ſe iudicio ſtiturum. Itaque vocatio ſatisdanti in hunc diem erat. Eum diem actor dicebat, id eſt, denuntiabat reo.

VI. Cum autem more fieret, ut rei vocati fere ſemper ſatisdarent, aut caverent iudicio ſiſtendi cauſſa, eveniebat, ut initium inſtituendæ actionis proficiſceretur ab hac diei dictione, quæ pro iuſta in ius vocatione cederet. Unde factum, ut apud veteres toties legamus diem dicere alicui, pro denuntiare alicui diem, quo ad iudicium adſit, ut ſit cum eo experiundi copia; & breviter pro litem intendere alicui: quia hinc naſceretur litis initium. Plautus in Captivis *act. 3. ſce. 1.*

Nunc barbarica lege certum eſt jus meum omne perſequi.
Qui conſilium iniere, quo nos victu & vita prohibeant.
His diem dicam, irrogabo multam, ut mihi cœnas decem
Meo arbitratu dent ....

Idem in Aſinaria *act. 5. ſce. 1.*

Putem ego, quem videam æque eſſe mæſtum, ut quaſi dies ſi dicta ſit?

Sed ita hunc dicebat actor, ut ſimul reus eundem diceret: ille denuntiando, quo die vellet reum ſe ſiſtere iudicio; reus contra denuntiando ſe eo die adfuturum. Idque eſt, quod legimus in *L. de die, D. Qui ſat. cog.* de die ponenda in ſtipulatione (iudicio ſiſti) ſolere inter litigatores convenire; ſi non conveniat, diem eſſe in poteſtate actoris: ut hunc reus ſequi debeat, moderato tamen ſpatio de hoc a iudice ſtatuendo. Hinc ergo recte actio non dictio, quæ unius eſſet; ſed condictio, quæ eſſet duorum, ubi ſcilicet ambo litigatores diem in commune dicerent, quo die ſiſteretur, & iudicio agi

agi inciperet: nam condicere valet ſimul dicere, ut & Feſtus ibidem interpretatur. Sed cum omnium actionum etiam in rem initium proficiſcatur ab in ius vocando, *d. §. ult. infra de pœ. tem. lit.* eadem omnino neceſſitas veniendi etiam in actione in rem impoſita fuit in ius vocato, niſi ſatiſdediſſet in certum diem ſe ſtiturum iudicio.

VII. Ergo & in hoc genere actionis dicebatur, condicebaturque is dies, quo die iudicio ageretur: eoque & communis omnium actionum tam in rem, quam in perſonam iſta diei mutua denuntiatio, atque condictio. Cur igitur hoc verbum dictum potius de actione in perſonam, quam de actione in rem, quod ex æquo ad utramque pertineret? Factum id eſt more loquendi communi iuris auctoribus maxime uſitato, quo duabus ſpeciebus alicuius generis propoſitis, ſi uni tantum ex his certum & proprium nomen inditum ſit, altera nomine tantum generis appellatur; non quia illi ſoli conveniat, ſed quia non ſit aliud ei relictum, quo appelletur. Exempla notiſſima in verbo adoptionis, cognationis, actionis: quæ cum origine & vi ſua generalia ſint, tamen cum ad ſpecies ventum eſt, uſu loquendi facta ſunt propria unius ſpeciei, unicuique generi ſubiectæ; nempe eius, quæ hic carebat alio nomine, dum altera certo & ſpeciali nomine appellatur. Dicitur enim adoptio ea, quæ fit apud magiſtratum: quæ autem per principem, arrogatio: cum tamen & hæc verbo generis ſit adoptio. *L. 1. L. 2. D. de adop.* Sic & cognati diſtinguuntur ab agnatis ut diverſæ ſpecies: cum generaliter omnes ſint cognati. *L. Iuriſconſultus §. 1. D. de gra. & affi.* Sic & actio a petitione: cum tamen & petitio ſit actio, cum generaliter loqui volumus. *L. pecuniæ, §. actionis D. de ver. ſig.* Idemque in aliis innumeris obſervari poteſt. *Nunc*, inquit Iuſtinianus, *nulla eo nomine denuntiatio fit*, intellige nulla eiuſmodi, qualem ſupra oſtendimus. Alioqui etiam nunc in ius vocatio eſt. Quiſquis autem vocat in ius, is reo denuntiat, ut in ius veniat. Itaque etiam nunc a denuntiatione inchoatur actio. Sed non eiuſmodi, qualem ſignificat condicere; de quo verbo nunc agitur. Proinde ne nunc quidem ulla eſt condictio ſuperior, cum ſcilicet utrimque a litigatoribus dies dicitur, in quem ſe ſiſtant iudicio iuris experiundi cauſſa. Hoc ideo, quod conſtitutionibus poſterioribus dies quo iudicio ſiſti debet, non eſt in poteſtate actoris, ut hunc ille poſſit reo dicere, ſed lege dies conſtituitur. Sunt ex Novella Iuſtiniani in hanc rem viginti dies conſtituti: quos etiam ante tempora Iuſtiniani fuiſſe credibile eſt, *aut. offeratur, C. de lit. cont.*

VIII. Quia autem nulla nunc eſt eiuſmodi condictio, qualis olim, ideo ait Iuſtinianus nunc abuſive actionem in perſonam dici condictionem. Recte abuſive; quia non eſt in re, quod ſignificatur verbo. Sed abuſus hac ratione defenditur, quod primo actio in perſonam eiuſmodi condictionem habuit, a qua proficiſceretur. Re ſublata manſit nomen, quod initio actioni fuerat, ut & in aliis rebus pleriſque, quarum appellationibus priſcis utimur, exoleto tamen uſu rei. Exemplo eſt hodie bonorum poſſeſſio contra tabulas, & ſecundum tabulas, ſic dicta quia primo veteres uſi ſunt tabulis in ſcribendo; quibus tamen cum iam olim ſcribi deſitum eſſet, nihilominus poſtea nomen vetus retinuerunt. *L. 1. D. de bon. poſſ. ſec. tab.*

Sequens. & ſeqq. §§. uſque ad §. quædam.

§. XVI.

Sequens hic ſecunda, & cur. I.
Ordo rectus huius diviſionis. II.
Vſus huius diviſionis. III. VII.
Res quid, & quid pœna in hac diviſione, & quam recta diviſio. IV.
Rei perſecutio quid, & quibus in rebus verſetur. V.
Pœnæ perſecutio quid. VI.
Rei perſecutoriæ actiones cur perpetuæ & in heredes: pœnæ perſecutoriæ contra. VII.
Actiones in rem omnes rei perſecutoriæ. VIII.
Actiones ex contractu rei perſecutoriæ, duabus exceptis, quæ ſunt mixtæ. IX.
Ex maleficiis actiones omnes pœnales, duabus exceptis. X.
Ex pœnalibus maleficiorum, quæ mixtæ. XI.
Ex quaſi contractu actiones omnes rei perſecutoriæ una excepta, quæ mixta eſt. XII.
Ex quaſi maleficio actiones pœnales, & quatenus. XIII.

Sequens illa diviſio eſt, quod quædam actiones rei perſequendæ gratia comparatæ ſunt, quædam pœnæ perſequendæ, quædam miſtæ ſunt. Rei perſequendæ cauſſa comparatæ ſunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in perſonam ſunt, eæ quidem, quæ ex contractu naſcuntur, fere omnes rei perſequendæ cauſſa comparatæ videntur; veluti quibus mutuam pecuniam, vel in ſtipulatum deductam petit actor, item commodati, depoſiti, mandati, pro ſocio, ex empto, vendito, locato, conducto. Plane ſi depoſiti agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſſa depoſitum ſit: in duplum actionem prætor reddit; ſi modo cum ipſo, apud quem depoſitum ſit, aut cum herede eius de dolo ipſius agitur, quo caſu miſta eſt actio. Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ perſequendæ cauſſa comparatæ ſunt; aliæ tam pœnæ, quam rei perſequendæ, & ob id miſtæ ſunt. Pœnam tantum perſequitur quis actione furti: ſive enim manifeſti agatur quadrupli, ſive non manifeſti dupli: de ſola pœna agitur; nam ipſam rem propria actione perſequitur quis, id eſt, ſuam eſſe petens: ſive fur ipſe eam rem poſſideat, ſive alius quilibet. Eo amplius adverſus furem etiam condictio eſt rei. Vt autem bonorum raptorum actio, miſta eſt: quia in quadruplo rei perſecutio continetur; pœna autem tripli eſt. Sed & legis Aquiliæ actio de damno iniuria dato, miſta eſt: non ſolum ſi adverſus infitiantem in duplum agatur, ſed interdum & ſi in ſimplum quiſque agat: veluti ſi quis hominem claudum aut luſcum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, ſecundum iam traditam diviſionem. Item miſta eſt actio contra eos, qui relicta ſacroſanctis eccleſiis, vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommiſſi nomine, dare diſtulerint uſque adeo, ut etiam in iudicium vocarentur: tunc enim & ipſam rem vel pecuniam, quæ relicta eſt, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna, & ideo in duplum eius fit condemnatio.

I. S*Equens illa diviſio eſt*. Sequentem vocat, quæ proxime præcedentem ſequitur. At quæ fuerit illa præcedens, videamus. Nempe ea, qua dividitur actio in duo genera; in rem, quæ dicitur vindicatio; & in perſonam, quæ condictio appellatur: in hæc enim genera, eorumque generum appellationes proxime deſiit

in

in §. *ſic itaque*, & §. *appellamus*. Atque ea prima fuit diviſio, quam ſibi propoſuit hoc titulo tractandam, ut ipſe teſtatur in §. 1. & eadem una: in qua ad eos uſque §. 5. aperte perſeveravit. Non dubium igitur, quin hæc ſequens, ut primam & eam unam ſequitur, ita ordine ſit ſecunda ex illis quatuor, quas hoc titulo ad rectam actionis inſtitutionem tractari diximus. Eo Theophilus ſequentem hic recte eſt interpretatus [illegible]: non quod ſequens ſimpliciter ſignificet ſecundam; ſed quia ſequentem a prima cum dicimus, non obſcure ex adiuncto ſecunda intelligatur.

II. Vocat autem Iuſtinianus ſequentem, non quam ipſe ſequentem facit: quid enim ſi pervertat iuſtum ordinem? ſed quæ re ipſa talis eſt, id eſt, quæ recto ordine ſequitur præcedentem. Et vero diviſio eſt eiuſmodi. Cum enim conſtiterit, quod primum eſt in actione inſtituenda, quis cum quo recte agat, quod ſuperior diviſio docet: proximum eſt, ut quæratur, quid peti oporteat: quod ſequens hæc diviſio oſtendit.

III. Eſtque hic præcipuus uſus huius diviſionis. Certe huius tituli proprius. Non tamen ſolus. Valet enim diviſio & ad dignoſcenda tempora, intra quæ actiones quæque competant, & ad ſtatuendum de heredibus, quæ in hos dentur actiones, quæ non dentur. Siquidem de his ita ius traditum eſt, quæ actiones rei perſecutionem continent, eas hactenus eſſe perpetuas; quæ autem pœnæ perſecutionem, intra annum dari, exceptis quibuſdam, & his paucis. *L. in honorariis*, *D. de obl. & act. tit. de perp. & temp. act. infra.* eademque ex regula illas quidem dari in heredes; has autem minime, §. 1. *infra de perp. & temp. act. d. L. in honorariis. L. ſi pro fure*, §. *ult. D. de cond. fur.* Unde utroque loco quæri oportet, quæ actiones rei perſecutionem contineant, quæ pœnæ perſecutionem: quod in hac diviſione explicatur. Ita fit, ut hæc diviſio triplicem hunc uſum præbeat in actione recte inſtituenda, ut ſcilicet norimus, & quid petere liceat, & intra quæ tempora, & num etiam adverſus heredes. Sed ex his, quid peti poſſit, diviſio recta oſtendit: illa autem duo, intra quæ tempora, & num ab heredibus, non niſi per conſequentiam. Prius enim id ſumendum ex eo iure, quod ante retulimus de iis actionibus, quæ rei, aut pœnæ habent perſecutionem; ad cuius interpretationem ſequitur, ut quærendum ſit, quæ ſint eæ quæ rei aut pœnæ perſecutionem habere dicuntur. Ideo hoc loco diviſio eſt expoſita, in quo quærebatur, quid quaque actione peteretur, quod oſtendere proprium fuit eius diviſionis, illa autem duo poſteriora, quia ad aliam quæſtionem, & aliud ius pertinebant, in ſuum tempus dilata, & tractata proprio & diſtincto titulo, *infra de perp. & temp. act.* Diviſio hæc eſt: quaſdam actiones rei perſequendæ gratia comparatas eſſe, quaſdam pœnæ perſequendæ, quaſdam utriuſque gratia, & rei & pœnæ, atque hinc eſſe mixtas. Qua diviſione poſita, quæ & quales ſint hæ actiones, quæritur. In quo naturæ ordo hoc poſtulat, primum ut norimus, quid hic vocemus rei perſecutionem, quid pœnæ: tum deinde quæ actiones horum alterutrum, aut utrumque contineant. Poſterius hic expoſuit Iuſtinianus; prius omiſit. Sed tamen ad poteſtatem harum actionum ita neceſſarium, ut nihil proſit noſſe, quæ habeant rei perſecutionem, quæ pœnæ, niſi conſtiterit, quid horum appellatione contineatur, ut ſciamus quid ſit, quod ſub iſta appellatione liceat nobis petere: & cur hæ aut illæ dicantur horum alterutrum continere.

IV. Res non haberet dubitationem, ſi hic de nota ſignificatione verborum ageretur. Nunc autem ex hac ipſa re incidit diviſio in obſcuritatem, atque adeo in reprehenſionem. Nam ſi uſitatam verborum ſignificationem ſequimur, aperte vitioſa eſt diviſio: ſi non ſequimur, vel hoc ipſum vitioſum, quod his verbis cogimur intelligere eas res, quæ verbis non exprimuntur. Primum diſtinguuntur hic res & pœna ita, ut unum non ſit alterum, ut fit in membris diviſionis cuiuſque. Atqui rei verbum ſignificat omne id quod eſt, & tam ea quæ ſunt extra patrimonium, quam quæ in patrimonio, continet. *L. rei appellatio*, *D. de verb. ſignif.* Itaque non omnis res eſt pœna: at certe omnis pœna quæ nobis debetur, & petitur, eſt res quæ debetur & petitur; ut ſi qua actio pœnæ perſecutionem continet, vere dicturi ſimus, & ex verbi ſignificatione hanc continere rei perſecutionem. An non igitur vitioſe diſtinguuntur iſta? aut cedo quid hic verbo rei ſine vitio ſignificetur. Illud etiam parum liquet in verbo pœnæ. Quæcunque enim pecuniæ præſtatio iniungitur alterius coercendi cauſſa, ſi quid fecerit, aut non fecerit, conſtat in uſu iuris dici pœnam; ſive hæc irrogatur lege, ut pœna furti: *L. ſi pro fure*, §. 1. *D. de condict. furtiv.* ſive imponitur teſtamento heredi: §. *ult. Inſt. de leg.* ſive

pactio-

pactione contrahentium conſtituitur. §. *ult. Inſt. de ver. ob.* Atqui nulla actio, quæ perſequitur pœnam conventionalem, dicitur hic pœnæ perſecutionem continere, ſed rei, ut exempla actionum in perſonam ſubiecta probant. Dicet aliquis pœnæ verbo hic ſignificari tantum pœnam legitimam, ſeu lege ſola conſtitutam. Sane ita eſt: ſed quæro, quam recte, & quam ex ſignificatione verbi, cum nihilominus & conventionalis, & cæteræ, quas dixi, ſint pœnæ. Hæc ſunt igitur, quæ puto in his verbis explicanda, quo & res intelligatur, & diviſio atque appellatio veterum ſuam defenſionem obtineat: Et quod ad diſtinctionem generum attinet; ſi quidem generalem ſignificationem rei accipimus, fatendum eſt non recte iſta genera diſtingui: cum ex hoc ſenſu pœna ſit res, eoque & quæ actiones pœnæ perſecutionem habent, eædem recte dicantur habere rei perſecutionem. Hoc amplius & illud fatendum, rei nomen cum ſimpliciter ponitur, iſtam ſignificationem habere. At ſi addantur pronomina hæc poſſeſſiva, mea, tua, noſtra, ut dicatur res mea, tua, noſtra: hic adiunctum ſignificationem mutat, & ex generali facit ſpecialem, oſtenditque hic rem dici rem ad patrimonium noſtrum pertinentem. Atqui hæc rei ſignificatio eſt in hac diviſione, intelligiturque ex eo, quod nominatur actio quæ continet rei perſecutionem, id eſt, perſecutionem, qua quis rem perſequitur: Ut enim in hac oratione nihil exprimatur aliud: tamen ſuperiora iſta pronomina uſu loquendi latinorum intelliguntur accommodata ad perſonam eius, de qua fit ſermo. Quod multis oſtendit Valla in ſimilibus orationibus *Lib. 4. Eleg. Cap. 1: quale eſt*, inquit, *cum dicimus, vendidi patrimonium, ſuppletur meum: collocaſti filiam, ſuppletur tuam: publicavit opus, ſuppletur ſuum.* Ex quo uſu & hæc diviſio ita accipienda eſt, ut cum dicitur actio rei perſecutionem continere, intelligi debeat rei meæ, tuæ, noſtræ, prout erit perſona, de qua loquimur. Idque ita veteres accepiſſe indicat definitio ab his de hoc genere tradita.

V. Definiunt enim actiones rei perſecutionem continere eas, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis abeſt. *L. in honorariis, D. de obl. & act.* Quod ſi ita eſt, pœnæ perſecutionem continere intelligemus eas, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis non abeſt. Quæ iam membra diviſionis contraria ſunt, eoque optime diſtincta: atque hactenus recta diviſio. Quod attinet ad verbum pœnæ; cum pœnæ perſecutio rei perſecutioni hic opponatur, ex adiuncto intelligimus eam pœnam, quæ ita ſit pœna, ut in ea non inſit rei perſecutio: ſcilicet ut quantum rei perſecutionis actio continebit, tantum pœnæ ſignificationi detrahatur. Relinquitur igitur iam hoc ſolum, ut videamus, quid contineatur appellatione eius, quod nobis ex patrimonio abeſt: quo cognito, utrumque genus erit cognitum. Et ex patrimonio abeſſe hic dicuntur hæc quatuor: Primum, quod eſt in patrimonio noſtro, ſed ab alio tenetur. Proximum, quod in patrimonio eſſe deſiit, ſed ex obligatione nobis reſtituendum eſt. Tertium, quod nobis [1] debetur ex contractu. Cum enim id ex conventione noſtrum eſſe debuerit, & tamen id crediderimus debitori, videtur quodammodo voluntate noſtra exemptum de noſtro, & translatum in eum, cui de eo fidem habemus. Quartum, quodcunque eius, quod nobis abeſt, æſtimationem continet: qualis eſt æſtimatio, quæ fit ex iureiurando in litem. *L. 1. L. tutor, D. de in lit. iur.* Qualis pœna conventione promiſſa: nam & hæc caveri ſolet loco eius quod intereſt. *§. ult. Inſt. de verb. obl. L. ult. D. de præt. ſtip.* Ergo quæcunque ſunt actiones, quibus horum quid perſequimur, eas dicimus rei perſecutionem continere, idque ipſum ſubiecta genera declarant.

VI. Unde rurſum ex contrario intelligi oportet eas dici [2] pœnæ perſecutionem continere, quæ alicuius rei ex ſuperioribus perſecutionem non continent: proinde & pœnæ ſignificationem hic contrahi ad eam pœnam, quæ ſic petatur, ut non præſtetur loco aut nomine eius quod nobis abeſt de noſtro; ſed extra id omne, tantum coercendi eius cauſſa, a quo petitur. Quæ pœna cum conſtituatur tantum lege, nempe huc res redit, ut pœna

1) Etſi enim id in patrimonio noſtro nunquam fuit, tamen quia ex conventione in eo eſſe debuerat & debitoris culpa ad nos non pervenit, latius id quoque abeſſe dicitur, Giſan. ad *L.* 35. *de O. & A. n.* 7. eodem modo, quo id, quod debetur, noſtrum dicitur, ut *Lib.* 12. *Civil. Commentarior. Cap.* 1. *n.* 2.

2) Recte. Et convenit Giſan. *d. n.* 7. ac Vult. *in §. ſequens* 16. *I. de act. n.* 9. Harpr. *ibid. n.* 4. *& ſeqq.* quia pœna intelligitur legitima, legibus & iure definita. Conventionalis autem pœna magis eſt in rebus, quam extra res; nec, ad illam collata, pro pœna habetur. (Diſſentit Coraſ. *in d. §.* 16. *n.* 2.) Sic etſi quandoque actio redhibitoria in duplum agitur, nec mixta tamen illa eſt, contra quam Accurſius vult. Nam duplum id, non ut pœna petitur, ſed quia in iis contractibus duplum repromitti ſolet. Fac. *L.* 33. §. 4. verb. *videantur*, de ædil. ed. Cuiac. *in d. §.* 16.

na hic intelligatur legitima, non conventionalis, aut quæ officio iudicis imponatur.

VII. Quibus definitionibus recte convenit, quod placet eas quæ dicuntur iſto modo rei perſecutionem continere, eſſe perpetuas, & dari in heredem; quia nihil habent, in quo non debeant ſequi regulam iuris de perpetuis, & hereditariis actionibus. In contraria cauſſa eſſe eas actiones, quæ dicuntur continere pœnæ perſecutionem: quia nulla fiat iniuria actori, ſi non dentur perpetuo: & ſi de heredibus quæritur, æquum ſit heredes pœna legitima non teneri, ubi ſcilicet pœna ex delicto defuncti naſcitur, & delictum non attingit heredes. Eadem definitione iſtorum generum poſita, hac diviſione admonemur, non omnes actiones eſſe de eo quod nobis abeſt; ſed & quibuſdam factis pœnas pecuniarias iure civili eſſe conſtitutas, quæ non cedant fiſco, ſed privatis debeantur; unde & earum perſecutio ſit privata.

VIII. Uſu & ſignificatione diviſionis cognita, deinceps quæ actiones ſint alterutrius generis, aut mixtæ, videamus. Id etſi propoſita unaquaque actione, qualis iure conſtituta eſt, non admodum difficile eſt indicare adhibita ſuperiore definitione; tamen ne quis ſit error, utilius viſum eſt in ſingulis generibus actionum indicare nominatim, quæ ſint huius, aut illius generis, de quibus nunc agitur. Quod & Iuſtinianus hic ſecutus eſt, iſta indicatione ſola contentus. Meminiſſe ergo oportet omnes actiones aut in rem eſſe, aut in perſonam; & in perſonam aut ex contractu, vel quaſi contractu, aut ex maleficio, vel quaſi maleficio. De ſingulis ſic habendum. Omnes in rem actiones rei perſequendæ cauſſa comparatæ ſunt. Hoc ille ita definit in §. *rei perſequendæ*. Quippe his rem noſtram, aut ad ius noſtrum pertinentem perſequimur, id eſt, quod nobis abeſt ex patrimonio. Iuratur quidem in his ob contumaciam non reſtituentis in litem: *L. qui reſtituere, D. de rei vind. L. in actionibus, D. de in lit. iur.* atque hoc iureiurando contumacia pœna afficitur, cum æſtimetur res ab actore etiam ultra rei pretium. *L. 1. L. tutor. D. de in lit. iur.* Sed non ideo hæ actiones etiam tum maxime cum in his iuratur in litem, pœnæ perſecutionem continere, ſeu pœnæ perſequendæ cauſſa comparatæ eſſe dicendæ ſunt. Nam hæc ipſa pœna nihil niſi eius, quod actori abeſt, æſtimatio eſt, ut in hac intelligatur id ipſum quod abeſt, contineri. Non illa quidem æſtimatio, qua res omnibus vulgo tanti ſit; ſed æſtimatio tamen, quam actor dicit rei ſuæ, cuius rationem haberi æquum eſt; cum non ſit æquum quemquam cogi invitum ſuo pretio res ſuas vendere. *d. L. tutor, D. de in lit. iur. L. non eſt, D. rer. amotar.* Ita reo contumaci 3 pœna hæc eſt; actori rei ſuæ perſecutio. At enim hoc modo actor ſupra quam ei abeſt, conſequi videtur. Plane, ſi iuſtum pretium hic ſpectatur; cum ſæpe ex contumacia æſtimetur res ultra id pretium, *d. L. 1. de in lit. iur.* At non ultra id quod ei abeſt, ſi ſpectatur id pretium, quo rem ſuam æſtimat: quod ſane arbitrio potius domini ſtatui æquiſſimum eſt, *d. L. tutor, de in lit. iur.* verumque eſt illud Iavoleni ex *L. libertus, 36. D. de bon. lib.* abſurdum eſſe ius cuiuſque aliorum computatione, non iudicio ipſius domini æſtimari. Tum autem ut pretium hic eſſe fateamur: tamen pœna eſt, quæ ex contumacia non reſtituentis naſcitur, idque officio iudicis, non ea quæ petatur actione: nam actione in rem nihil amplius, quam res noſtra, quæ ab alio poſſidetur, petitur. *L. actionum, D. de obl. & act.*

IX. Actiones in perſonam ex contractu omnes item rei perſecutionem continent, duabus exceptis: depoſiti, & redhibitoria. Depoſiti, ſi quid depoſitum ſit incendii, tumultus, ruinæ, naufragii cauſſa; actio in duplum, ſive cum eo, apud quem depoſitum eſt, ſive cum herede eius de dolo eorum in re depoſita agatur. *d. §. rei perſequendæ. hic. L. 1. §. 1. D. depoſ.* Redhibitoria & ipſa in duplum adverſus eum, qui redhibenti morboſum mancipium pretium non reddit, & cætera quæ ex hac cauſſa reddi oportet: diſerte hoc traditum in *L. redhibitoria, D. de ædi. ed.* Cui non adverſatur quod quidam obiiciunt, quod neque duplæ petitio, neque actio quanto minoris pœnæ perſequendæ nomine inſtituuntur. Nihil enim cum his commune habet redhibitoria. Utraque ſuperior mixta eſt,

3) Et hæc pœna, qua afficitur is contra quem in litem iuratur *L. 1. de in lit. iur.* non tam naſcitur ex delicto, quam ex damno alteri illato. Nec illa condemnatio, ultra rem eiuſve æſtimationem, eſt ex ipſius actionis natura, ſed ex iuriſiurandi delatione, quod & omitti ac non deferri potuit. Fopp. ab Æzema 1. *Diſſert.* 19. Sed & pœnalis actio alia ab ea, quæ pœnæ nomine dari, aut concipi dicitur, ut *L. 9. §. ult. de Reb. auct. iud. poſſ. L. ult. §. 1. Quæ in fr. cred.* quæ nihilominus rei perſecutoria mera, quia actor nil præter rem conſequitur, etſi puniat factum rei. *L. 9. Quod falſ. tut. auct.* vid. Cuiac. 24. *Obſerv.* 17.

Digitized by Google

eſt, in duplo & id qnod abeſt, & ultra id alterins tanti pœnam continens; *d.* §. *rei*, in fi. *hic. d. L. redhibitoria*, *de ædil. ed.*

X. Ex maleficiis actiones, qnæ ſunt aut ex furto, aut vi bonorum raptorum, aut damno iniuria dato, aut iniuria, omnes perſecutionem pœnæ habent; aliæ quidem ſolius pœnæ, aliæ autem pœnæ & rei: omnes tamen pœnæ perſecutionem; ut proinde omnes ſint pœnalcs, ut declaratur in §. *ex maleficiis*, & §. *vi autem*. Excipiendæ ſunt duæ, actio rerum amotarum, & condictio ſurtiva. Actionem rerum amotarum ex delicto eſſe cum res ipſa docet, tum vero ſcriptum eſt in *L. ſi mulier*, §. *pen. D. rer. am.* At ibidem traditur hanc ipſam actionem rei perſecutionem continere. Condictio quoque furtiva cum ſit ex ſurto, id eſt, maleficio, rei tamen habet perſecutionem. *L. ſi pro fure*, §. *ult. D. de cond. furt.* Idque actionum perſecutio in utraque ſatis indicat: perſequuntur enim ambæ id, quod de noſtro nobis ablatum eſt, id eſt, quod nobis abeſt ex patrimonio. Quam ob cauſſam has quoque actiones & perpetuas eſſe, & in heredem dari iiſdem locis traditur.

XI. Quæ ex his pœnalibus mixtæ ſint, ita intelligemus, ſi ſcierimus, quæ ſint dumtaxat pœnales: ſunt autem huiuſmodi duæ, ſurti, & iniuriarum. De actione ſurti eſt in §. *ex maleficiis*, *hic:* & in *L. ſi pro fure*. §. 1. *de cond. fur.* De actione iniuriarum in §. *pœna ſupra de iniur.* Cæteræ ergo mixtæ, quæ ſunt ex maleficiis, quod copioſius explicatur in *d.* §. *ex maleficiis*, & §. ſeq.

XII. Ex quaſi contractu actiones omnes rei perſecutionem habent, utpote perſequentes, quod nobis abeſt, ut licebit intelligere ex iis generibus harum actionum, quæ exponuntur ſupra de *obl. quæ ex quas. contr.* Una actio excipitur ex hoc genere in §. *vi autem*, verſ. *item mixta*, *hic:* nempe actio eius legati & fideicommiſſi nomine, quod relictum eſt eccleſiæ, aut aliis venerabilibus locis: actio in duplum conſtituta a Iuſtiniano adverſus eos, qui legatum reſtituere differunt eo uſque, donec in ius vocati ſint. Et hæc mixta eſt, perſequens partim quod abeſt legatum, partim alterum tantum, in quo eſt legis pœna.

XIII. Actiones in perſonam ex quaſi maleficio omnes pœnales eſſe, & quatenus pœnales, intelligi poteſt ex his, quæ de hoc genere tradita ſunt ſupra *tit. de obl. quæ ex quaſi del.*

Quædam actiones.

§. XVII.

Recta collocatio huius §. I.
Familiæ erciſcundæ actio quid, & unde nomen. II.
Præſtationes perſonales in duplicibus iudiciis, quæ. III.
Communi dividundo actio, quid. IV.
Finium regundorum actio, quid, & unde nomen. V.
Duplex iudicium quid, & quid differat a mixto. VI.
Duplicia iudicia tria cur dicantur videri tam in rem, quam in perſonam. VII.
Duplicia tria iudicia vere in perſonam tantum eſſe, non in rem. VIII.

Quædam actiones miſtam cauſſam obtinere videntur, tam in rem, quam in perſonam: qualis eſt familiæ erciſcundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune eſt, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adiudicare: & ſi unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

I. QUia proxime dixerat de actionibus mixtis; per occaſionem & alias tres ſubiicit, quas & ipſas mixtas videri ait: ſed quæ longe diſſimili in re & genere verſentur. Nam ante de iis mixtis dictum eſt, quæ conjunctim rei & pœnæ perſecutionem habent. Quæ antem ſubiiciuntur, dicuntur mixtam cauſam habere non ab his rebus duabus permixtis; ſunt enim omnes rei ſolum perſecutoriæ: ſed quia partim in rem eſſe videntur, partim in perſonam, ut initio explicatur. Ex quo apparet hanc connexionem eſſe in verbis magis, quam in re. Fatendum eſt rectius facturum fuiſſe Iuſtinianum, ſi has ſpecies primæ diviſioni propoſitæ continenter ſubieciſſet. Sive enim hic proponi placet tertium quoddam genus earum actionum, quæ ſint tam in rem, quam in perſonam; non alio loco ſubiici debuit, quam ubi de prioribus duobus uno in rem, altero in perſonam agebatur: ſive volumus has actiones eſſe in perſonam tantum, aut in rem tantum, ſed tamen de iis dubitari potuiſſe, an mixtæ eſſent; ne hæc quidem dubitatio alio loco tractari & removeri debuit, quam cum primam illam diviſionem ad quam hæc quæſtio pertinebat, expoſuiſſet: ut factum ſupra videmus de actionibus præiudicialibus. Sed de re videamus.

II. Proponuntur hic tres actiones, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum. Dicuntur mixtam cauſſam obtinere videri tam in rem, quam in perſonam. Et ut poſſit intelligi ita eſſe, inter quos & cui rei competant, hoc loco breviter indicatur: ſed brevius, quam pro natura & poteſtate ſingularum. Ideo paulo explicatius vis & poteſtas ſingularum attingenda eſt: ſed eo magis, quod definitiones de ſingulis hic traditæ ſunt, continentes ad quid unaquæque competat: quas facile eſt ſic accipi, quaſi ad eas res tantum hæ actiones competant. Quod cum aliter ſe habeat, vel hoc ipſum ad hunc locum pertinet moneri nos, non ita eas definitiones accipi debere, & ſimul oſtendere, quid amplius ſingularum natura contineat. Huc accedit, quod niſi altera pars qua conſtant hæ actiones, cognita fuerit, nunquam illud intelligetur, quale ſit, quod dicitur has actiones eſſe in perſonam. Et quoniam ex natura cuiuſque pendet, ut norimus ſint ne in rem, an in perſonam, an utrumque, prius quid contineant, conſideremus. Familiæ erciſcundæ actio competit coheredibus de dividenda hereditate, ut hic ſcriptum eſt. Et hoc eſt, agit hoc iudicio heres adverſus coheredes ſuos, ut a communione hereditatis diſcedatur, ſive ut inter eos divi-

dividantur res hereditariæ prius indiviſæ. *L. 1. D. fa. erc.* Hinc nomen familiæ erciſcundæ, id eſt, hereditatis dividendæ. Nam familia hic hereditatem ſignificat: ut in lege duodecim tabularum his verbis: *Agnatus proximus familiam habeto. L. pronuntiatio, §. 1. D. de verb. ſig. Erciſcere* autem verbum antiquum eſt, quo eadem lex duodecim tabularum utebatur, pro dividere. Perſequitur & continet hoc iudicium res duas, rerum hereditariarum diviſionem, & præſtationes quaſdam perſonales, eas videlicet, quibus heres heredi propter communionem rerum eſt obnoxius. Et ut loquitur Ulpianus, familiæ erciſcundæ iudicium ex duobus conſtat; id eſt, rebus, atque præſtationibus, quæ ſunt perſonales. *L. item Labeo. §. pen. D. fam. erciſc.* Rerum diviſio qualis ſit: quæ in hac diviſione adiudicatio, item quæ mutua condemnatio, quarum rerum hic mentio ſit in extremo, declaratur in *§. ſi familiæ, infra de off. iud.*

III. Præſtationes autem perſonales quas diximus, tres ſunt. Inducuntur enim aut lucri, aut damni, aut impenſarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderint. *Lucri*, ut ſi quid ad aliquem heredem pervenit ex re communi, id cæteris heredibus communicet. *Damni*, ut ſi quid damni in rebus hereditariis datum factumve eſt culpa alicuius heredis, id cæteris pro portione cuiuſque ſarciat. *Impenſarum*, ut ſi quæ in res hereditarias ab uno herede factæ ſint, quas propter partem ſuam neceſſe habuerit facere, ei præſtentur a coheredibus. Comprehenſa ſunt hæc genera diſerte in iudicio communi dividundo in *L. 3. D. com. divi.* Unde intelligi debet etiam ad hoc iudicium pertinere. Hereditatis enim diviſione ſemota, cætera ſunt utrique iudicio cum altero communia. *L. ſi quis putans, §. officio, D. com. divi.* Indicantur eadem genera præſtationum in *L. prætor.* in pr. *D. de reb. auct. iud. poſ.* in commune autem in omnibus rebus communibus in *L. quibus.* 34. iuncta *L. ut ſit,* 31. *D. pro ſoc.*

IV. Communi dividundo iudicium redditur inter eos, inter quos res una, vel plures communes ſunt, dummodo plures illæ ſint ſingulæ, ut a communione earum diſcedatur; nec intereſt, ex ſocietate communes ſint, an ſine ſocietate. *L. 1. L. 2. D. com. divi.* Iudicium ut fine eodem, ita iiſdem rebus conſtans, quibus ſuperius, rerum communium diviſione, & præſtationibus iiſdem perſonalibus, *d. L. 3. D. com. divi.* Hinc in diviſione rerum idem ſervatur cum de earum adiudicatione, tum de condemnatione mutua, ut eſt in extremo huius §. quod pluribus declaratur in *§. eadem infra de off. iud.*

V. Finium regundorum iudicium eſt, inquit Iuſtinianus, quo inter eos agitur, qui confines agros habent: addendum eſt, ut fines regantur, unde nomen finium regundorum; id eſt, ut fines ad ſuam normam & certitudinem dirigantur, & quod intra iuſtos fines quiſque habet, id totum retineat; ſi quid amplius, id vicino reſtituatur. *L. 4. §. ult. L. ſi irruptione,* in pr. & *§. 1. D. fi. reg.* Sed etſi fines recte dirimi non poſſunt, vel propter inæqualitatem loci, vel propter veterum finium incertitudinem, permittitur iudici aliis finibus evidentioribus agros diſtinguere. Quo caſu quia neceſſe eſt ex unius agro partem aliquam alterius agri domino adiici & detrahi; ideo res tranſigitur adiudicatione, & condemnatione. *§. ſi finium, infra de off. iud.* Quid autem hic iudicem ſequi oporteat, explicatur fuſius in *L. 2. §. ult. L. 3. L. 4.* in pr. *fi. reg.*

VI. His de natura & poteſtate harum actionum breviter ut pro loco, cognitis, iam facilius poterit intelligi, quid ſit, quod de his initio proponit Iuſtinianus. Ait ergo has actiones mixtam cauſſam obtinere videri, ſed addit tam in rem, quam in perſonam. Ex quo intelligimus hæc iudicia non eodem ſenſu hic dici mixta, quo dicuntur duplicia. Nam & duplicia alibi vocantur; ſed hoc ſenſu, quod in his uterque ex litigatoribus duplicem perſonam ſuſtinet, actoris videlicet & rei. *L. in tribus, D. de iud. L. 2. §. ult. D. com. div.* Et recte. Nam cum iudicia ſint de dividendis rebus, evenit, ut uterque partem a ſocio petat, & viciſſim ab eo petatur: ut illa parte actor ſit, hac reus. Quæ res facit, ut hactenus quoque ſint mixta.

VII. At nunc mixta dici apparet ex eo, quod tam videantur in rem, quam in perſonam. In rem ideo, quia in his ſocii de re ſua agunt, puta parte ſua, ut ſic in rem hactenus agere videantur; cum in rem actiones ſint, quibus rem noſtram petimus. In perſonam citra controverſiam in eo, quod a ſociis ea petimus, quæ ſupra diximus eſſe in perſonalibus præſtationibus. Hæc enim petuntur ab eo, qui ſit ad eas res propter rationem communionis obligatus: de quo genere obligationis eſt in *§. item ſi ſupra de obl. quæ ex quaſ. con.*

con. naſ. Adverſus obligatum autem actio in perſonam. *L. actionum, D. de ob. & act.*

VIII. Sed notandum eſt diligenter dici has actiones non mixtam cauſſam obtinere tam in rem, quam perſonam; ſed obtinere videri. Re vera enim in perſonam ſunt omnino: in rem non ſunt; ne forte cum initio dividuntur actiones in duo genera, in rem, & in perſonam, putemus ei diviſioni aliquid deeſſe, & hoc loco induci tertium quoddam genus mixtarum actionum. Duo ſunt illa tantum tradita a veteribus. *L. actionum, D. de obl. & act.* Neque hæ actiones refragantur: ſunt enim in perſonam dumtaxat, ut dixi in eius diviſionis explicatione ad §. 1. *ſupra eod.* in rem [x] non ſunt. Primum de actione

x) Conſentit Coraſ. *ad Rub. D. de reb. cred. n. 2. & 3. & in §. 1. I. de act. n. 3.* Vult. in *d.* §. 20. ipſi 18. *I. h. t. n. 2.* quia familiæ erciſcundæ & communi dividundo dantur ex quaſi contractu, nec contra quoſvis poſſeſſores, ſed coheredes, & quibus res eſt communis. De actione vero Finium regundorum idem probat, ex *d. L. Fin. reg.* Ideoque Iuſtiniano ut vocula *videntur.* Quia licet non ſint, videantur tamen, non ob cauſſam ex qua dantur, ſed ob effectus nonnullos. Et A. Fab. 20 *Coniect.* 20. quia, inquit, alias diviſio *d.* §. 1. manca eſſet, quam tamen perfectum, vel ſubiectum dilemma arguit. Itemque alio probari poteſt, quia aut intendimus eum, quem lite pulſamus, dare, facere, aliquid oportere, aut non intendimus. Quæ contradictoria ſunt. Equidem, ſubdit, miſtarum nomen, non inauditum ICtis *L.* 37. §. 1. *h. t.* Verum non hoc ſenſu, quod partim in rem ſint, &c. ſed alio, in quibus nempe uterque actor & reus; duplicia iudicia, eiuſmodi non hæ ſolum actiones, quæ *d.* §. 20. Sed & quædam interdicta *d. L.* 37. §. 1. *L. 2. pr. de interd.* Atque hoc ipſo modo in *d.* §. 20. Verba *miſtam cauſſam obtinere* exponit Faber, illis, *tam in rem, quam perſonam,* ceu interpretis gloſſemate, reſecatis. Sic congruere putat, quæ ſequuntur in verſ. *in quibus.* Reddi nempe illis rationem, cur uterque actor, & reus ſint, quia, ex qua parte ſit uni adiudicatio, ex ea actor, ex qua vero alteri, condemnatur reus. Ex neutra vero parte, naturam actionum realium ſapere ait, quia in his non acquiritur dominium, ſed declaratur. In tribus vero illis iudiciis, res, poſt adiudicationem plene ſit alicuius, quæ antea quoque erat alterius. Male ergo, qui ex verbo *adiudicandi* participationem actionis realis inferunt. Ita Faber. Cuius correctionis temeritatem, vel Theophili *Inſtitutiones* redarguunt, qui in *d.* §. 20. diſerte actiones has, actionis in rem & in perſonam, naturam, in ſe continere ſcribit. Quod & exemplo in actionibus Familiæ erciſcundæ declarat. Et tertium hoc genus non temere agnoſcunt, Cuiac. *in par. C. Fam. erciſc.* Weſ. *in Par. D. Fin. reg. n. 6. & Fam. erc. n. 2.* Zaſ. & Hot. ad *L. d.* §. 20. idem Zaſ. 2. *Sing.* Reſp. 33. Bron. 2. *Aſſ.* 10. Thadæ. Piſo Soac. *in §. 1. I. de act. n* 6. Cagnol. *in Rub. D. ſi cert. pet. n. 57. & ſeqq.* Giſan. *ad L. 37. de O. & A. n.* 15. Zang. *de Except. P. 2. Cap. 1. n.* 193. Val. Guil. Forſt. *Tract. Inſtit. pag. 2. Diſp. 1. Th. lit. C. & 2. Obſ. ſucceſſ.* 4. Ac magis eſt origine ſane & eſſentia, has actiones in perſonam, eſſe, ſine vero & effectu, quædam ex natura actionum in rem participare. Conſtantque rebus & præſtationibus, quæ ſunt perſonales actiones, ut Ulpianus in *L. 22. §. pen. Fam. erc. L. 4. §. 3. comm. div.* Et tam in rem directæ ſunt, quæ dividi petitur: Weſ. *d. n.* 2. quatenus ſcilicet reſpicitur portio mea, quam in perſonam, reſpectu perſonalium præſtationum, & quatenus in re ſpectatur portio aliena, coheredis, vel ſocii, ex qua mihi adiudicari poteſt, Mynſ. in *d.* §. 20. *n.* 15. Dyn. *ibidem n.* 8. Petr. Vanderan. *de Privil. credit. Cap. 16. ſub fin.* Mudæ. *in d. §. 20. n. 2. & 3.* ut ita non obſtet ſuperior Fabri obiectio, quod adiudicatione dominium acquiratur, contra quam in actionibus realibus. Neque enim hac ratione, naturam actionis realis in ſe habent, ſed quatenus, qui eas exerceret, partem in rebus communibus ſuam petit. Quam cum ſæpe commode, obtinere nequeat, niſi adiudicationibus factis; ideo iudicis officii eſt, res ſingulas ſingulis adiudicare, eumque cui plus adiudicatum, alteri in pecunia condemnare §. 4. *& ſeq. I. de offic. iud.* Ac male imo Faber, ex qua parte adiudicatur, actorem eſſe, eum totum hoc, magis ex officio iudicis veniat, quam intentione actoris, diviſionem poſtulantis, atque ex neceſſitate eo veniatur, quando commodior diviſio fieri nequit *d. § 4. & ſeqq.* Quæ & uno ſolum caſu, neceſſaria in actionibus Finium regundorum ut §. *ſeq. 6. I. d. t.* Neque ſic diviſio *d.* §. 1. *h. t.* manca. Nam, ut ipſe Vult. ad *d.* §. 1. *n. 2. infr.* expreſſione ſimplicium miſta, & ex utriſque concreta, intelliguntur. Dyn. in *d.* §. 1. *n.* 13. Uſill. *ibid. n.* 30. Bronch. 4. *Aſſ.* 31. Confer. Tiraq. *poſt LL. connub. gl. 5. n. 69. & 2. ſeqq. ac n. 76. & Tr.* le mort ſaiſit le viſ. *pag. 2. declar. 4. n. 7. & ſeq.* Accedit, quod non adiecta vocula, *tantum*, & facit *L. incivile* 24. *de LL.* quomodo, obiecto huic occurri poſſe, non diffitetur Donellus noſter in *d.* §. 1. *n.* 6. Ad reliqua obiecta Vulteii reſp. Has quoque actiones ex re venire *L. 46. h. t.* & quidem magis, quam ex perſona *L. 29. Comm. divid.* nec dari adverſus quoſvis poſſeſſores, quia non in ſolidum, ac mere reales. Unde licet in aliis, quam coheredibus, & ſociis requiſitum unum, actionis realis adſit, poſſeſſio, alterum tamen actionis perſonalis, obligatio deficit. Ad rationem Donelli (1) reſp. eo ipſo probatur, eſſe miſtam, quia quatenus fines ſuos vindicat, in rem eſt. Bron. 2. *Aſſ.* 10. Goth. in *d. L.* 10. Ad (2) reſp. Etſi una nota actionum realium, non ſemper hic conveniat, videlicet poſſeſſionis ab alio detentæ reſtitutio, alia tamen adeſt, dominii aſſertio. Quin & poſſeſſio abeſſe videtur. Qui enim prius poſſidet rem, atque in ea partem ſuam pro indiviſo, hoc agit, ut deinde poſſideat pro diviſo rem, vel partem certam. Ad (3) reſponſio ex dictis patet. Cum & tantum probet, non eſſe mere realem. Ad (4) reſp. non ratione adiudicationis, naturam realium referre ex parte, ſed alia, ut expoſitum. Obiicit Iaſon in *d.* §. 20. duas ſpecies oppoſitas miſceri, & ex iis tertiam conſtitui non poſſe. Sed poſt Zaſ. *ibid.* reſp. Bron. *d. loc.* optimum quandoque ex contrariis fieri temperamentum, cum & quatuor contrariæ complexiones in corpore hominis reſideant. Et miſtæ hæ, ex ſimplicibus utriſque non formaliter, ſed materialiter. Aliaque his actionibus forma, ab illarum diverſa ex utriuſque qualitatibus participans. Sicuti mulus, de natura equi & aſini, non utriuſque forma informatus, ſed peculiari intermedia. Et elementare miſtum, conſtat ex elementis, non quod elementa iuxta formas ſuas, ſive integras, ſive remiſſas, atque refractas, atque ita actu miſto inſint. Quæ opinio licet pluribus probata Zabar *de Miſtione.* Fernel. 2. *Phyſiol. 6. & 7.* Archang. Mercenar. *Dilucid.* 1. Bodin. *Lib. 1. Theatri natura &c.* mihi, dum Philoſophiæ ſtudia tractarem, aliena, tum a mente Ariſtotelis *de Gener. & Corr.* 10. *Text.* 84. *& 2. de Partib. Animal* 1. *initio*, tum a vero, viſa eſt, cum Scal. *Exerc. 16. Sect. 3. & Exerc.* 101. *Sect.* 19. & paſſim Conimbricenſ. *in d. Cap.* 10. Ariſt. *Quæſt.* 3. Fr. Tolet. *Comm. in Lib. 6. Phyſ. Cap. 2. Tex.* 23. *Q.* 2. Sebaſt Fox. *Lib. 2. de Platonis & Ariſt. conſenſu Cap.* 10. Riolan. *Phyſiol. Sect. 1. Cap.* 8. Valleſ. 1. *Controv. Phil. & medic.* 1. *&c.* Cæterum, male quidam his miſtis accenſent, in rem ſcriptas, ut ſunt: Quod metus cauſſa; Noxalis; ad exhibendum, Arnold. ab Haerſolt. *in Proleg. de act. in genere n.* 12. ſentiens perſonales eſſe, quia ex contractu, vel delicto, reales, quia contra quencumque. Magis peccant, qui propriam, atque ita quartam ſpeciem actionum in illis ponunt Iac., Gurre. *in L. 2. C. de reſc. vend. pag.* 51. Nam illa non mutant naturam actionis perſonalis, ita dictæ, quod ſine deſignatione perſonæ dentur. vid. *Civil. Commentar. Lib. 15. Cap. 39. n. 31. ſub fin. N.* 20. Zang. *d. Cap. 1. n.* 106. Giſan. ad *L. 25. de O. & A. n. 12 & ſeqq.* Cagnol. *in Rub. D. Si cert. pet. n 52. & ſeqq.* Coraſ. *ibid n. 3. & 1. Miſc.* 22. A. Fab. 20. *Coniect.* 10. *pag. 116. & ſeqq.* ubi docet, has verbis formulæ dirigi in perſonam certam, & tamen ſic dictas vult, quod in concipienda formulæ conditione, iiſdem verbis uſus fuerit Prætor, quibus in actione reali. Neque hoc obſtare ſcribit; cum conditio non diſponat, diſpoſitio vero formulæ eadem fuerit, quæ aliarum actionum in perſonam, poteſtate ſcilicet condemnandi eius, contra quam diriguntur, iudici data, quod fieri non potuerit in realibus. Sed ratio appellationis, longe aptior allata a Don. *d. Cap.* 30. Nam nec unde ita coniiciat, Faber de verbis conditionis formulæ, argumentum nullum profert.

ne fioium regundorum diſerte ſcriptom eſt in *L.* 1. *D. fin. reg.* hanc io perſonam eſſe, licet ſit pro vindicatione, quia ſcilicet per hanc rem noſtram conſequamor, quæ ſit iotra noſtros fines. Idem ergo & de reliquis duabus iudicandum eſt, ut pote ita ſimilibus, ut tres iſtas ubique coniungi, & eodem iure cenſeri videamos, *d. L. in tribus, D. de iud. d. L.* 2. *§. ult. com. div. §. ſi familiæ*, & 2. *§§.* ſeqq. *infra de off. iud. & hoc loco.* Tum autem in rem non eſſe certiſſimo argumento hæc ſoot. Primum nunquam actio in rem ei datur, qui poſſidet, quem quidem conſtet poſſidere, & qui ſe pro tali haberi velit. *L.* 1. *§. pen. D. uti poſſ. §. æque, ſupra eod.* At iudicium familiæ erciſcundæ non taotum ei datur, qni non poſſidet, ſed etiam ei qui poſſidet: & quidem huic maxime, ut colligere eſt ex *L.* 1. illic, *quæ quidem actio, D. fam. erc.* Deinde actione in rem petimus rem noſtram, aut ad ius noſtrum pertinentem, *§.* 1. & *§. ſed iſtæ*, & deinceps, *ſupra eod.* At familiæ erciſcundæ iudicio, item communi dividundo ſic ad diviſionem rerum communium provocamus, ut non magis partem noſtram petamus, quam alienam. Volumus enim res ſingulas, aut partes ſingularum rerum ex diviſione diſtioctas & totas nobis adiudicari: cum in rebus communibus nullum ſit etiam minimum veſtigium, quod non ſit ſocio mecum commune, id eſt, in quo ſocius partem non habeat, ut ego. Poſtremo hæc adiudicatio cum petitur, petitur obligationis iure, tanquam ab eo videlicet, qui propter communionem quam mecum habet, eam adindicationem pati debet. Quæ plane neceſſitas ex obligatione quæ ex commonione eſt, naſcitur: omnis autem actio ex obligatione eſt in perſonam. Quare noo ſuot hæ actiones in rem, ſed in perſonam dumtaxat.

Omnes autem, & ſeqq. uſque ad §. actionum autem.

§. XVIII.

Series huius diviſionis. I.
Quadruplum nulla actio excedit, II.
Simpli actiones quæ. III.
Dupli actiones quæ. IV.
Tripli actio una. V.
Lectio vera conſtituta in §. tripli, In fin. VI.
Quadrupli actiones quæ. VII.
In duplum, triplum, quadruplum, quæ actiones ab initio, quæ ex eventu, & quibus conditionibus. VIII.
Simplum in his actionibus, quod intelligendum. IX.
In duplo, triplo, quadruplo quando inſit ſimplum, aut non inſit. X.

Omnes autem actiones, vel in ſimplum conceptæ ſunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur. In ſimplum agitur: veluti ex ſtipulatione, & mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quam plurimis cauſſis. In duplum agimus: veluti furti nec manifeſti, damni iniuriæ ex lege Aquilia, depoſiti ex quibuſdam cauſſis. Item ſervi corrupti: quæ competit in eum, cuius hortatu conſiliove ſervus alienus fugerit, aut contumax adverſus dominum factus eſt, aut luxurioſe vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus ſit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo ſervus abſtulerit, æſtimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum eſt, ſecundum ea quæ ſupra diximus.

Tripli vero agimus, cum quidam maiorem vera æſtimatione quantitatem in libello conventionis inſerunt, ut ex hac cauſſa viatores, id eſt, executores litium, ampliorem ſummam ſportularum nomine exigerent: tunc enim id, quod propter eorum cauſſam damnum paſſus fuerit reus, in triplum ab actore conſequetur: ut in hoc triplo etiam ſimplum, in quo damnum paſſus eſt,

ſus eſt, connumeretur. Quod noſtra conſtitutio introduxit, quæ in noſtro Codice fulget, quam proculdubio certum eſt ex lege condictitia emanare. Quadrupli autem agitur, veluti furti manifeſti, item de eo, quod metus cauſſa factum ſit, deque ea pecunia, quæ in hoc data ſit, ut is cui datur calumniæ cauſſa, negotium alicui faceret, vel non faceret.

Item ex lege condictitia noſtra conſtitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra noſtræ conſtitutionis normam a reis quidquam exegerint.

Sed furti quidem nec manifeſti actio, & ſervi corrupti, a cæteris, de quibus ſimul locuti ſumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli ſunt: at illæ, id eſt, damni iniùriæ ex lege Aquilia, & interdum depoſiti: infitiatione duplicantur, in confitentem autem in ſimplum dantur. Sed illa, quæ de his competit, quæ relicta venerabilibus locis ſunt, non ſolum infitiatione duplicatur, ſed etiamſi diſtulerit relicti ſolutionem uſquequo iuſſu magiſtratuum noſtrorum conveniatur. In confitentem vero ante, quam iuſſu magiſtratuum conveniatur, ſolventem ſimpli redditur.

Item actio de eo quod metus cauſſa factum ſit, a cæteris, de quibus ſimul locuti ſumus, eo differt: quod eius natura tacite continetur. Ut qui iudicis iuſſu ipſam rem actori reſtituat, abſolvatur: quod in cæteris caſibus non eſt ita: ſed omnimodo quiſque in quadruplum condemnatur, quod eſt & in furti manifeſti actione.

I. TErtia eſt diviſio actiouum ad inſtituendam recte actionem ſimiliter comparata. Ut enim in omni actione dicere oportet, quid petas: Ita & illud, quantum petas. Prius ſuperior illa diviſio oſtendit: poſterius hæc quæ ſequitur. Bene vero & naturæ ordine illa præcedit, hæc ſequi debet. Prius eſt enim, ut norimus, remne dumtaxat petamus, an pœnam: quod prior illa explicat. Proximum, ſi pœna petitur, id eſt, amplius aliquid, quam quod nobis abeſt, ut videamus, in ea pœna quouſque petendo ſupra rem progredi liceat: quod hæc diviſio aperit. Sic autem diviſio eſt: *Omnes*, iuquit, *vel in ſimplum conceptæ ſunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.*

II. Quod ait nullam ulterius extendi, vere in univerſum dicitur; ſive pœnas legitimas ſpectes, ſive conventiouales. De pœnis lege conſtitutis conſtat. In pœna conveutionali poteſt falſum videri ideo, quia licet pœnam in infinitum ſtipulari ſupra quam noſtra luterſit. *L. ſtipulatio iſta, §. alteri, D. de verb. obl.* Sed nihil hoc ſuperiori ſenteutiæ adverſatur. Quantumcumque enim eſt, quod pœnæ uomine ſtipulamur, ſimplum eſt, uon duplum, aut triplum, aut quid amplius. Unde in *ver.* ſeq. dicitur iu ſimplum agi ex ſtipulatioue. Geueraliter, iuquam, ex ſtipulatione. Proinde ex omni ſtipulatione: eoque & ex pœnali. *arg. in L. ſi ſervitus. D. de ſer. ur. pr.* Et recte iu ſimplum ex ſtipulatione quoque pœuali. Pœnam enim ſtipulantes Ita in ſtipulatum deducimus, ut hanc per ſe ſolam & uuam ſimpliciter ſtipulemur, uon autem ex comparatione alicuius ſimpli, quod a pœua excedi velimus duplo, aut triplo, aut deinceps.

III. *In ſimplum agitur*. Iu ſimplum ſuut omnes actiones, quæ rei perſecutiouem contineut: ut quæ perſequautur, quod unum & ſimplum ex patrimonio nobis abeſt. Sed & ex iis, quæ habent perſecutiouem pœnæ, ſunt illæ in ſimplum, in quibus certa pœnæ ſumma ita lege comprehenſa eſt, ut neque dupli, tripli, aut quadrupli meutio fiat, uec ex comparatioue alterius ſimpli amplius quid pœnæ nomiue conſtituatur: ut, cum pœna conſtituitur lu quiuquaginta, In decem, aut viginti aureos, & quæ ſunt ſimiles pœuæ. *L. ſi quis id quod, D. de iuriſ. L. pen. D. de in ius voc. §. 1.* & ſeq. *ſupra de obl. quæ ex qua. del.*

IV. *In duplum agimus*. Quiuque ſunt actiones in duplum conſtitutæ. Furti nec mauifeſti, de qua in §. *pœna ſupra de obl. ex del.* Damni iniuria ex lege Aquilia, ut hic ſcriptum eſt: ſed hac conditione, ſi quis ſe damnum dediſſe infitietur:

tur: nam hæc actio adverſus confitentem in ſimplum eſt, adverſus infitiantem in duplum. *L. inde Neratius*, §. *hæc actio*, *D. ad leg. Aqui.* Depoſiti ex iis cauſſis, de quibus comprehenſum eſt edicto in *L.* 1. §. 1. *D. depoſ.* Servi corrupti ex ea cauſſa, quæ hic expoſita eſt: de qua edictum, & eius interpretatio in *L.* 1. in pr. & deinceps. *D. de ſer. cor.* Ex legato quod venerabilibus locis relictum eſt: de qua actione eſt in §. *vi autem*, verſ. *item mixta*, *ſupra eod.* Et hæ quinque hoc loco recenſentur. Licetne his ſextam addere redhibitoriam? Nam in *L. redhibitoria*, *D. de Æd. ed.* dicitur hæc interdum condemnationem habere in duplum. Sed hoc non sic accipiendum eſt, quasi hæc actio aliquando ſit in duplum eius ſimpli, quod principaliter nobis abeſt, ut nunc actionem in duplum vocamus. Ideo dicitur aliquando in duplum condemnationem habere, quia venditor interdum damnatur ad res duas, id eſt, & ad pecuniam, quanta pro re vendita, acceſſioniſve nomine ab emptore data eſt, & quanti ea res erit, quod emptorem, qui eo nomine obligatus erat, venditor non liberaverit: ut ibidem explicatur, & indicatur edicto in *L. Ædiles etiam*, §. *ult. D. de Æd. ed.* quod & ipſum docui pluribus in commentario de *Æd. ed.* Harum autem præſtationum utraque ſimplum continet, & rei quæ abeſt, non pœnæ perſecutionem. Quod actionibus in duplum non convenit; quarum in duplo ſi non utrumque ſimplum, at certe alterum ſaltem ſemper pœnæ perſecutionem continet.

V. *Tripli vero.* Una actio eſt in triplum, quam hic commemorat. Cui, in quem, qua ex cauſſa detur, & quatenus, dilucide exponit. Obiter notandum ex hoc loco, neque ſportulas viatoribus ſeu litium exſecutoribus præſtari ſolitas unas fuiſſe; ſed pro modo quantitatis petitæ ad certam ſummam exigi ſolitas: & quod mirum eſt, has ipſas non ab actore, qui viatoris opera uteretur, præſtari ſolere, ſed a reo exigi.

VI. *Quam proculdubio certum eſt ex lege condicticia emanare.* Theophilus hunc locum exprimens ſic interpretatur, ut dicat ex hac conſtitutione, quam Iuſtinianus refert, naſci condictionem ex lege. Ex quo apparet apud Iuſtinianum ita ſcriptum fuiſſe, certe Theophilum ita ſcriptum legiſſe, *ex qua proculdubio eſt ex lege condicticiam emanaſſe.* Ex qua, intellige conſtitutione noſtra. Proculdubio eſt, id eſt, certum eſt: quod cum ita quidam inter lineas interpretati eſſent, tandem etiam in contextum irrepſit: ſed ſupervacanee, cum proculdubio eſſe, & certum eſſe, idem valeant. Condicticiam autem Theophilus ex uſu iuris interpretatus eſt condicticiam actionem, id eſt, uno verbo condictionem; hanc ex lege, id eſt, eam quæ condictio ex lege appellatur. Quod & Hotomanus locum poſtulare primus, opinor, recte vidit, & ſive a Theophilo admonitus, ſive ex ingenio, iſto modo emendavit. Quo modo & nobis omnino legendum, & locus reſtituendus eſt. Primum quidem auctore & præeunte Theophilo, qui ætate propior ſcire potuit, quomodo apud Iuſtinianum ſcriptum eſſet. Sed maxime ideo, quia locus ita cogit facere. Multa ſunt enim, quæ lectionem iſtam vulgarem aperte repudient. Conſtitutio noſtra, inquit, emanat, ſeu naſcitur ex lege condicticia. Et ubi illa lex condicticia, aut ubi unquam huius nominis mentionem fieri legimus? Et vero nulla etiam lex ita dici potuit, ut eſt uſus loquendi veterum in legibus deſignandis. Si qua enim dici potuit condicticia, ex eo dici debuit, quod proponeret de variis rebus condictiones. At leges & conſtitutiones ex cauſſis & factis de quibus cavent, nomen accipiunt, non ex actionibus, quæ de his rebus competunt: ut lex Aquilia dicitur de damno dato: *L.* 1. *ad leg. Aquil.* Lex Falcidia de minuendis legatis; *Inſt. de leg. Fal.* Senatuſconſultum Velleianum, de interceſſionibus. *L. qui exceptionem*, *D. de cond. ind.* & ſimiles leges innumeræ. Nulla autem lex vindicatoria, quæ vindicationem proponat: nulla condicticia, quæ condictionem. Iam illud quid eſt, conſtitutionem Iuſtiniani quam hic indicat, emanare & oriri ex alia lege? Primum quid ad Ius aut hunc locum pertinebat id monere? quid enim faciebat ad confirmationem conſtitutionis Iuſtiniani, aut ad confirmationem actionis propoſitæ? Plane ineptum & alienum: cum ſive conſtitutio Iuſtiniani ex alia lege qualibet ſumpta eſſet, ſive non eſſet, ſemper hoc ipſo haberet ſatis firmitatis, quod ab ipſo Iuſtiniano eſſet. Quid ſi ne hoc quidem dici poteſt, conſtitutionem Iuſtiniani manare ex alia lege? Et certe non poteſt, niſi abſurde. Nam ſi intelligimus conſtitutionem Iuſtiniani illius alterius legis caput unum fuiſſe translatum iiſdem verbis; eadem lex dici debuit, non nova conſtitutio, quæ ex illa lege emanaret. Sin conſtitutio, vere nova eſt; non debet dici ab alia lege emanare, ſed a Iuſtiniano: quia

prior

prior lex hanc conſtitutionem non tulit, ſed Iuſtinianus. Quare & falſitas ſententiæ, & in vera etiam ſententia inutilitas orationis aperte oſtendunt corruptam eſſe & procul reiiciendam vulgarem iſtam lectionem. Quid autem interpretatio Theophili, & ex hac inducta emendatio, qualem ſententiam continet? veram quidem in ſeſe citra controverſiam: ſed quod ad rem maxime pertinet, ſolam convenientem huic loco: neque id ſolum, ſed etiam hoc loco cognitu neceſſariam. Ait Iuſtinianus ex iſta conſtitutione ſua oriri condictionem ex lege. Nihil certius. Quæ enim ex ea conſtitutione actio eſt, inducta eſt nova iſta lege, cum prius nulla eſſet. Ea antem eſt condictio ex lege. *L.* 1. *D. de cond. ex lege*. Sed non eſt ſatis, hoc etiam ita eſſe, ſciri hoc loco conveniebat. Iuſtinianus enim propoſuerat conſtitutione ſua actionem in triplum ex ea canſſa, quæ conſtitutione expreſſa eſt; & hactenus hic relata erat conſtitutio. Sed ex iure Romano, quo certas actiones eſſe oportuit, quærendum fuit, quænam hæc eſſet actio. Hoc ergo ſubiicit, & ait proculdubio eſſe condictionem ex lege. Atenim ſequitur in §. *item ex lege* quod condicticiam legem confirmet. Sic enim legitur: *Item ex lege condicticia noſtra conſtitutio oritur*. Sed & hoc vitioſe, ut idem Theophilus oſtendit, qui eum locum ſic expreſſit, ut diceret eſſe & ex conſtitutione Imperatoris noſtri proditam condictionem ex lege; indicans apud Iuſtinianum ita ſcriptum fuiſſe, & nunc quoque legi debere: *item ex lege condicticia noſtra conſtitutione*, vel, *ex noſtra conſtitutione oritur*, & illa verba *ex lege condicticia* ſic accipienda eſſe, ut ſignificetur condicticia actio ex lege, quæ ex conſtitutione quoque Iuſtiniani oriatur in facti ſpecie illic propoſita.

VII. *Quadrupli autem agitur*. In quadruplum quinque ſunt actiones, ex quibus quatuor hic recenſentur; furti manifeſti: de qua in §. *pœna*, *ſupra de obl. quæ ex del.* Quod metus cauſſa: de qua in *L. item ſi cum* §. 1. *D. quod met. cau.* Adverſus calumniatores; de qua hic & in *L.* 1. *D. de calum.* Quæ, cui, & in quem detur, in *L.* 3. & deinceps *eod. tit.* Adverſus exſecutores litium, qui plus quam his debetur, exegerint a reis ſportularum nomine: de qua hic in verſ. *item ex lege*, ubi quæ ſit vera lectio & ſententia loci, ſupra oſtendi in §. *tripli*. Quintam adiiciemus, vi bonorum raptorum: de qua *ſupra tit. de vi bon. rap.* & *L.* 1. *D. eod.*

VIII. *Sed furti quidem nec manifeſti*. Monet hoc loco uſque ad §. *actionum autem*, quod præcipue in ſuperioribus actionibus cavendum ſit: non ſic ſuperiores actiones in duplum, triplum, aut quadruplum eſſe conſtitutas, ut ex omnibus ſtatim duplum, triplum, ant quadruplum exigere liceat ab eo adverſus quem conſtitutæ ſunt, nec eam pœnam liceat reo evitare: ſed hanc eſſe differentiam inter eas, ut quædam ex his omnimodo dupli ſint, tripli & quadrupli; id eſt, ita ſint conſtitutæ, ut ſtatim hæc poſſint exigi, nec poſſit earum rerum condemnatio evitari: quædam, in quibus pœnam evitare liceat reo. Prioris generis omnes, quæ in diverſa cauſſa nominatim non habentur: ex quibus hic commemorantur tres: furti nec manifeſti in duplum; ſervi corrupti, quæ & ipſa in duplum eſt; de quibus initio huius §. Item furti manifeſti in quadruplum: de qua in §. *item actio*, ſeq. in fin. Sed ſunt in hoc numero etiam aliæ; ut illa quæ eſt in triplum, de qua in §. *tripli ſupra* ut actio vi bonorum raptorum in quadruplum. *L.* 1. *vi bo. rap.* Et generaliter, ut dixi, quæ non ſunt eiuſmodi, in quibus nominatim lege pœnam evitare conceditur. Quod conceditur interdum; ſed & hoc non uno modo. In eo hæc varietas iſtius generis actionum eſt triplex. Conſtituuntur enim in duplum aut quadruplum ſub conditione, alias ſi reus ſolutionem rei petitæ differat, & expectet, donec in ius vocetur: huius generis eſt actio de legato venerabilibus locis relicto; de qua hic. Alias ſi reus non diſtulerit tantum, ſed iudicio conventus hoc adiecerit ad fruſtrationem, ut infitiaretur ſe debere, & adverſus infitiantem lis ſit conteſtata; cuius generis duæ: actio damni iniuria ex lege Aquilia, & depoſiti interdum, ut hic loquitur Iuſtinianus: nempe ex iis cauſſis, ex quibus in duplum datur actio ex edicto. *d. L.* 1. §. 1. *D. dep.* Alias ſi non tantum rem diſtulerit reus, & ſit etiam infitiatus ſe debere, atque hoc modo lis cum eo conteſtata; ſed etiam ad extremum iudicio convictus iuſſus ſit rem de qua agitur reſtituere, neque reſtituerit: quod accidit in una ſpecie actionis, quod metus cauſſa: de qua in §. *item actio*, ſeq. *L. item ſi cum*, §. 1. & §. *hæc autem*, *D. quod met. cau.*

IX. Sed ſive iam ab initio hæ actiones in duplum, triplum, quadruplum ſint, ſive ex eventu ſupra ſcriptis conditionibus: eveniet, ut in omnibus quærendum ſit, quod ſit hoc duplum, triplum, quadru-

plum,

Digitized by Google

plum, ſeu quomodo iſta æſtimemus. Et animadvertendum eſt duabus ex rebus æſtimari; quantitate ſimpli, ex cuius ratione duplum aut triplum dicitur: & ex huius ſimpli in duplo, triplo comprehenſione, aut remotione. Neceſſe eſt enim iſta creſcere, aut minui prout eſt ſimplum, quod duplatur, triplaturve. Sint enim centum aurei in ſimplo; duplum erit ducenta: ſint in ſimplo ducenta; duplum erit quadringentorum. Eademque tripli & quadrupli ratio eſt. Sed & ſimpli quantitate inventa, eadem mentio dupli, tripli, & quadrupli incidet, si aut in duplo & reliquis computabimus simplum, aut simplo non computato iſta volemus præſtari. Quapropter in harum rerum æſtimatione duo hæc conſtituenda ſunt, primum quod sit illud simplum, ad cuius rationem duplum, & cætera dici volumus: deinde an in his ſimplum computemus, necne. De utroque breviter ſic habendum. Simplum in omni actione vocamus, quod actori abeſt, quodque eſſet præſtandum, etſi nulla pœna amplioris ſummæ lege eſſet conſtituta, *ſupra de vi bon. rap.* in pr. *L. 1. D. de calumniat. L. item ſi cum. §. 1. §. quadruplatur, D. quod met. cau.* Huius ſimpli duplum, triplum, quadruplum intelligendum eſt.

X. Cum autem quæritur, an in duplo & cæteris ſimplum computari debeat, dicemus, niſi qua nominatim conſtituta ſit lege actio, qua ſeparatim & ultra duplum, triplum, quadruplum petatur id quod nobis abeſt, ſemper in duplo, triplo, quadruplo ſimplum connumerari, ut in actione de ſervo corrupto; *L. 1. D. de ſer. cor. vi bonorum raptorum, §. vi autem, ſupra eod. L. 1. D. vi bon. rap. quod metus cauſſa, §. item actio. infra,* & ſimilibus, de quibus in *§. vi autem,* ver. *item mixta, §. tripli. ſupra eod.* Tunc ſolum dupli & quadrupli ſolidi præter ſimplum perſecutio eſt, cum rei perſecutio extrinſecus eſt lege conſtituta, quod declaratur in *§. ult. ſupra de obl. quæ ex del.* exemplo actionis furti; quæ ſive ſit dupli, ſive quadrupli dicitur tantum ad pœnæ perſecutionem pertinere hac ratione, quod ipſius rei perſecutionem extrinſecus habeat dominus.

Actionum autem,

§. XIX.

Uſus diviſionis propoſitæ. I.
Diviſio recta. II. & ſeqq.
Stricti iuris actiones quo ſenſu dictæ, ut non pugnet appellatio cum L. placuit, C. de iud. III.
In ſtricti iuris actionibus etiam bonam fidem ſpectari: ſed quatenus: ut vere dicantur non eſſe bonæ fidei. IV.
Arbitrariæ actiones tertium genus actionum diſtinctum a prioribus. V.
Diviſio hic tradita non ideo vitioſa, quia omiſſæ arbitrariæ actiones. VI.
Actiones bonæ fidei dictæ, quia omnis hic poteſtas iudicis iudicandi ex bona fide. VII.
Bonæ fidei actiones dictæ arbitria, & in his iudex arbiter; & cur. VIII.
Bonæ fidei actiones cur ex libera poteſtate iudicandi non dicantur libera iudicia, ut contraria quæ ſunt, ſtricta. IX.
Bonæ fidei actionum nomen unde, ac non anxie repetendum ex formulis. X.
Iudiciorum veterum mos in actionibus dandis, concipiendiſque XI.
Bonæ fidei actiones etiam dictæ ex bona fide deſcendere, & quam recte. XII.
Stricti iuris actiones, quæ, & unde ita dictæ. XIII. XLIII.
Stricti iuris, id eſt, ſtrictæ poteſtatis, non ſummi iuris actiones. XIV.
Stricto iure vallata actio quid ſit apud Iuſtinianum in L. unic. §. ſed etſi non ignoramus, C. de rei ux. act. XV.
Theophilus non videtur recte ſtrictum ius in his actionibus interpretatus ſummum ius. XVI.
Ex bona fide valet ex æquo & bono. XVII. XVIII.
Cur ex fide bona, quæ præſtantur ex æquo & bono. XIX.
De Contrariis iudiciis locus Ciceronis lib. 3. Offic. expoſitus. XX.
Bonæ fidei actionum genera propria duo. XXI.
Moris & conſuetudinis quæ ſunt, præſtanda in bonæ fidei iudiciis. XXII.
Reticentiæ pœna. XXIII.
Deteriorationis pœna. XXIV. XXVI.
Moræ pœna. XXV.
Fructuum & uſurarum præſtatio ex mora in bonæ fidei iudiciis. XXVI.
Dolo malo aut vi contractum ipſo iure non valet in bonæ fidei iudiciis. XXVII.

Exce-

Digitized by Google

Exceptiones bonæ fidei iudiciis ineſſe, contineri: & hoc quid ſit, tum quid contineat. XXVIII. XXIX.
Exceptionem non deſiderari; non deſiderari, ut excipiatur, quid ſit. XXX.
Bonæ fidei actione etiam certum recte petitur. XXXI.
In bonæ fidei iudiciis etiam facti quæſtiones maxime verſantur. XXXII.
Strictis iudiciis negata: ſeu quibus rebus diſtent stricta iudicia a bonæ fidei iudiciis. XXXIII. XXXIV.
Ipſo iure quis non teneatur, an per exceptionem, quid inter ſit. XXXV.
Inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, differentiæ quædam repudiatæ. XXXVI.
Bonæ fidei omnes, quæ hic appellantur. XXXVII.
Bonæ fidei nullæ præter eas, quæ hic enumerantur. XXXVIII.
Contrariæ actiones etiam bonæ fidei. XXXIX.
Utiles ex iiſdem cauſſis item bonæ fidei. XL.
Item protutelæ, bonorum poſſeſſoria hereditatis petitio, & petitio hereditatis fideicommiſſaria. XLI.
Item contractus emphyteuticus. XLII.
De precario actio, & condictio indebiti non bonæ fidei, & cur. XLVI. XLIV.
Finium regundorum actio non bonæ fidei, & cur. XLVII. XLIV.
Condictio indebiti, funeraria, iniuriarum, de ſepulchro violato, adverſus iudicem qui litem ſuam fecit, non ſunt bonæ fidei. XLVIII. XLV.
Actiones quæ dicuntur bonæ fidei, cur potius bonæ fidei quam cæteræ. XLIX. L. LI.
Petitio hereditatis non mutuum negotium habens cur bonæ fidei. LII.

Actionum autem quædam bonæ fidei ſunt, quædam ſtricti iuris. Bonæ fidei ſunt hæ: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum geſtorum, mandati, depoſiti, pro ſocio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, præſcriptis verbis, quæ de æſtimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit, & hereditatis petitio. Quamvis enim uſque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei iudicia connumeranda hereditatis petitio eſſet, an non: noſtra tamen conſtitutio aperte eam eſſe bonæ fidei diſpoſuit.

I. A*It, actionum autem quædam bonæ fidei ſunt, quædam ſtricti iuris.* Quarta eſt diviſio actonum, pertinens & ipſa ad actionis inſtitutionem & perſecutionem recte informandam. Eſt autem hæc vis atque uſus diviſionis. Ducta eſt diviſio ex poteſtate iudicis in quoque genere actionis: ex poteſtate indicans id quod uſum actionis continet, quid ſcilicet quantumque pro hac poteſtate, & natura horum generum petere ac conſequi liceat officio iudicis: ſi quidem hæc poteſtas ad tribuendum aut denegandum id quod petitur, pertinet. Quid ergo differt hæc diviſio a prioribus duabus; quarum altera contineri diximus quid liceat petere, altera quantum liceat? Et hoc differt, quod priores oſtendunt, quid & quantum liceat petere pro ea quantitate, quæ conventione aut iure certo definita eſt: hæc, quid quantumque amplius liceat pro poteſtate & officio iudicis, nulla neque conventione neque iure certo definitum. Quod ita recte docetur, ſi in his actionibus declaretur, quæ ſit illa poteſtas iudicis. Id totum quale ſit, cognita diviſione primum; tum huius generibus, quæ ſint, & quam vim habeant; poſtremo horum generum partibus, intelligetur. Et ſunt omnia hæc delibata hoc loco: ſed delibata tantum, non expoſita: ut non parum ſit in ſingulis, quod dubitetur, & quod cognoſcere cupienti ad quærendum & explicandum relinquatur. De his ergo dicam ordine, quantum ad huius diviſionis intelligentiam & inſtitutum ſufficere videbitur.

II. Diviſio ita proponitur; quaſdam actiones bonæ fidei eſſe, quaſdam ſtricti iuris. Hic ſtatim occurrit, quod quæratur de ipſa diviſione, ſeu de membris diviſionis. Nam alia videri poſſunt hic falſo poſita; quædam quæ adiici debuerant, eſſe omiſſa: ut partim falſa ſit, partim manca diviſio. Statuuntur hic actiones ſtricti iuris, quæ & ipſæ cum diſtinguantur ab actionibus bonæ fidei, ſimul & bonæ fidei eſſe negantur. Quid ergo, ſi horum utrumque falſum eſt? Certe nullas eſſe ſtricti iuris prima fronte exiſtimari poteſt ex eo iure, quo conſtitutum eſt, in omnibus rebus præcipuam eſſe iuſtitiæ æquitatiſque,

quam ſtricti iuris rationem. *L. placuit, C. de iud.* Si in omnibus rebus, etiam in actionibus. Quod ſi in actionibus ſtricti iuris ratio non habetur, non poſſunt dici actiones eſſe eius iuris, quod in illis non ſervatur. Sed & omnes actiones ſaltem quæ ſint ex contractu, eſſe bonæ fidei, nullas non bonæ fidei, effici videtur illa altera ſententia iuris conſtituti, quæ traditur in *L. bonam, C. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus conſiderari æquum eſſe. Unde enim actiones bonæ fidei, niſi quia in his præſtantur omnia ex bona fide, id eſt in ſumma, quia in his bona fides ſpectatur? de quo paulo poſt. Quare si in contractibus omnibus, eoque & in actionibus, quæ inde naſcuntur, pariter ſpectatur bona fides, neceſſe eſt eaſdem iſtas actiones, cuiuſcunque modi sint, etiam si ex ſtipulatu, bonæ fidei eſſe exiſtimari. Aut ergo falſo dicuntur actiones quædam eſſe ſtricti iuris, & nec bonæ fidei, aut videndum, quomodo iſta conveniant cum ſuperioribus ſententiis. Nihil vero in his propositæ divisioni adverſatur.

III. Nam quod dicitur in *L. placuit, C. de iud.* nullis in rebus ſtricti iuris habendam rationem, illic verbum *iuris* ius conſtitutum significat eodem modo, quo ius naturale, gentium, & civile dicimus. Sane ius conſtitutum si ſummum & ſtrictum eſt, ut conſtitutio nominat, id eſt, ſi verbis tantum nititur contra ſententiam & rationem legis, id nunquam ſequimur; ſed æquitatem, id eſt, mentem & ſententiam legis: exemplum in *L. non eo minus, D. de proc.* Et quidem hoc ſenſu concedendum eſt nullas eſſe actiones ſtricti iuris, id eſt, nullas tales, in quibus ſtricti illius iuris potius, quam æquitatis ratio habeatur. At hic cum dicuntur quædam actiones eſſe ſtricti iuris, ius non conſtitutum, ſed poteſtatem ſignificat, ut paulo poſt dicetur: nec aliud eſt quaſdam actiones eſſe bonæ fidei, quaſdam ſtricti iuris, quam quaſdam eſſe liberæ poteſtatis iudicis, qui æſtimare poſſit quidquid eſt ex bona fide, ut ſignificatur in *§. in bonæ. infra*, quaſdam adſtrictæ poteſtatis iudicis, quia in his huius poteſtas certis finibus incluſa ſit, & adſtricta, ut verbum ipſum indicat. Quod ſi vere ita ſe habet poteſtas iudicis in actionibus, ut certe habet: perſpicuum eſt genera ſuperiora duo hinc ducta, recte item ſtatui, & alterum ab altero recte diſtingui. Nec minus recte, quæ ſtricti iuris ſunt, ſic a prioribus diſtinguuntur, ut ſint & ipſæ non bonæ fidei, ut quidem bonæ fidei actiones hic & paſſim in uſu iuris nominantur. Certe quaſdam actiones, ſeu quædam iudicia non eſſe bonæ fidei diſerte ſcriptum eſt in *L. 3. §. 1. D. de uſur.*

IV. Quod autem dicitur in *L. bonam, C. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus ſpectari; non nego recipiendum in contractibus omnibus. Nam nec in contractibus ſtricti iuris quidquam dolo malo, & non bona fide geſtum, ratum eſt. *L. dolo, C. de inut. ſtip.* Non nego etiam in ea ſententia bonam fidem ita accipi, ut tunc, cum dicimus actiones eſſe bonæ fidei, item iudicandum ex bona fide: ut ſcilicet ſignificetur, officium boni viri conſiderandum in contractibus, ne quid adverſus id fiat: de quo verbo poſtea. Spectanda igitur bona fides in contractibus omnibus, & eo ſpectanda, ut ſequamur. Sed videndum, quatenus; videndum, an eodem modo in contractibus ſtricti iuris, quo in contractibus bonæ fidei. De quo cum exſtet certi iuris diſtinctio aliis locis tradita, quæ indicatur in *§. ult. Inſt. de obl. ex conſ.* illinc ſumere oportet, quo id quod hic obſcurum eſt, explicetur. Dicendum igitur, ſpectandam in ſtrictis etiam iudiciis bonam fidem; verum ita, non ut quid præſtetur, de quo non convenerit, etiam ſi ſit ex bona fide id præſtari: quod ſolum proprium eſt iudiciorum bonæ fidei: *d. §. ult. Inſt. de obl. ex conſ. L. quia tantundem, D. de neg. geſt.* ſed contra, ut ſi quid convenerit, quod ſubtilitate iuris videatur præſtandum, ne præſtetur, ſi ſit contra bonam fidem. *d. L. dolo, C. de inut. ſtip. L. ſi quis cum aliter, D. de verb. obl.* Unde merito hæc iudicia dicta non bonæ fidei; quia deeſt id, quamobrem actiones bonæ fidei appellantur. Sic enim dicuntur eæ, in quibus res tota æſtimatur ex bona fide per omnia: id eſt, non in unam aliquam partem, ſed in utramque, ſive quid præſtandum ſit, ſive non ſit: & maxime ſi id agatur, ut quid præſtetur ex bona fide, quamvis de eo nihil dictum, promiſſumve ſit. Quod cum non fiat in actionibus ſtricti iuris: & maxime cum in his id deſit, quod eſt actionum bonæ fidei proprium, ut quid præſtetur hoc ipſo, quia bona fides id poſtulat; non mirum, ſi iis non tribuitur nomen, quibus deeſt cauſſa & ratio nominis. Sed fient hæc planiora & certiora, cum quid ſit horum unumquodque, & cur ita vocetur, cognoverimus. Statuuntur ergo recte hac diviſione genera hæc duo, ut actionum quædam ſint bonæ fidei, quædam ſtricti iuris, quorum utrumque vere tale eſt, ut vocatur, diſtinguiturque recte alterum ab altero.

V.

V. Sed his generibus recte conſtitutis, ſaltem videbitur ſupereſſe illud alterum vitium, ut manca ſit diviſio. Statuitur enim poſtea a Iuſtiniano in §. *præterea*, tertium genus diſtinctum, ut videtur, a ſuperioribus, arbitrariarum actionum. At hoc ſi aliud eſt, vere omiſſum eſt in hac diviſione. Quærendum igitur ad vim & ſententiam diviſionis, ſintne hæc duo tantum genera, quæ hic poſita videmus: an tria, ut efficere videtur §. *præterea:* & ſi tria, quomodo effugiamus, ne ſit vitioſa diviſio. Et vulgo ſic diviſionem acceperunt, ut velint eſſe plenam, & ſicut duo tantum illa genera Iuſtinianus proponit, ita & velint tantùm duo hæc eſſe, ut aut bonæ fidei ſint actiones, aut ſtricti iuris: ne ſcilicet ſi dederint ei aliquam ſpeciem deeſſe, cogantur fateri eſſe vitioſam. Confirmaturque hæc ſententia ex *L.* 3. §. *in hac*, *D. com.* ubi hæc quoque genera tantum duo commemorantur iudiciorum, bonæ fidei, & ſtrictorum. Cum autem obiiciuntur actiones arbitrariæ ex *d.* §. *præterea*, reſpondent arbitrarias actiones novum genus non conſtituere, ſed ad eadem illa genera referri: eſſe enim ſtricti iuris, ſeu actionum ſtricti iuris ſpeciem. Nos autem ita ſtatuemus tertium hoc genus eſſe diſtinctum maxime a ſuperioribus, ut arbitrariæ neque ſint bonæ fidei, neque ſtricti iuris. Tale id genus ſtatuit aperte Iuſtinianus in *d* §. *præterea*, cum ait *præterea eſſe quaſdam actiones, quas arbitrarias appellamus*. Præterea, id eſt, præter ſuperiores, ut intelligeremus arbitrarias alias eſſe a prioribus. Nihil ad rem pertinet, quod dixit quaſdam arbitrarias appellari, non autem eſſe. Ideo enim ſic appellantur, quia revera ſunt arbitrariæ, & ex arbitrio iudicis pendentes, ut ibidem declarat. Sed & definitiones arbitrariarum, & ſtricti iuris, actionum repugnant. Nam in actionibus quoque arbitrariis ſic accipitur arbitrium ut permittatur iudici ex bono & æquo æſtimare, quemadmodum actori ſatisfiat *d.* §. *præterea*. Non idem licet iudici in ſtipulationibus, & ſimilibus actionibus ſtricti iuris, ut colligere eſt ex §. *ult. Inſt. de obl. ex conſ.* Quod ſi teſtimonium veterum quæritur, non eſt obſcurum in *L. in actionibus*, *D. de in lit. iur.* ubi cum Marcianus initio dixiſſet in litem iurari in actionibus bonæ fidei, item in rem, & ad exhibendum, quæ ſunt arbitrariæ, ut dicemus ad §. *præterea*, *infra* ſubiunxit per adverſativam; *plane interdum & in actione ſtricti iudicii in litem iurandum:* aperte declarans eas de quibus locutus erat, ſtricti iudicii actiones non eſſe. Sed multo apertius Papinianus, & quidem ita, ut nullus ſit dubitationi locus, tria hæc genera diſtincte poſuit eodem loco in *L.* 3. §. 1. *D. de uſur.* bonæ fidei, arbitrarias, & quæ neutrum horum eſſent, quas dicimus ſtricti iuris. Verba hæc ſunt: *In his quidem iudiciis, quæ non ſunt arbitraria nec bonæ fidei, poſt litem conteſtatam actori cauſſa præſtanda eſt*. Sunt ergo primum duo hæc genera actionum citra controverſiam diſtincta, arbitrariæ, & quæ ſunt bonæ fidei. Eſt & tertium quoddam ab his duobus ſententia Papiniani plane ſeiunctum, quod ille ita deſcribit, ut dicat eſſe id iudicium, quod nec ſit arbitrarium, nec bonæ fidei. Id autem aliud intelligi non poteſt, quam id quod nominatur in hac diviſione, actionum videlicet ſtricti iuris. Ita plane actiones arbitrariæ non ſunt ſtricti iuris; ſed toto genere ab his diverſæ: fiuntque hic omnino, ut dixi, tria illa genera, ut quædam ſint bonæ fidei, quædam ſtricti iuris, quædam arbitrariæ.

VI. An non ergo vitioſa eſt hic diviſio, quæ duo priora tantum poſuit, tertium omiſit? Eſſet vitioſa, ſi in his membris duobus conſtitiſſet Iuſtinianus, nec tertium poſtea ad ea priora adiiceret. Nunc autem tertium iſtud ſtatim & continenter ab illo ſubiicitur in *d.* §. *præterea*: ut perinde id haberi debeat, quaſi eodem loco tres iſtas ſpecies propoſuiſſet. Incivile porro eſt, niſi tota lege perſpecta una aliqua particula eius propoſita iudicare vel reſpondere. *L. incivile*, *D. de legib.* Recta igitur hæc diviſio, in qua & ſpecies ipſæ veræ, nec minus inter ſe diſtinctæ ſtatuuntur, & numerus congruit. Tantum ut in numero ſpecierum meminerimus non in his duabus, quæ hic proponuntur, eſſe conſiſtendum; ſed tertium illud adiiciendum, quod & poſtea adiicitur a Iuſtiniano in §. *præterea:* ut efficiatur diviſio tripartita, cuius ſpecies duæ hic, & §§. *duobus ſequentibus* tractantur; tertia in *d.* §. *præterea*, continenter, & uno ductu diviſionis.

VII. Diviſione poſita, deinceps quæ ſint bonæ fidei actiones, quæ ſtricti iuris, & quam vim habeant, ordine videamus: ac primum quæ ſint, & unde ita appellatæ. Actio bonæ fidei dicitur, in qua libera poteſtas eſt iudici æſtimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præſtare oporteat. Deſcriptio pene totidem verbis expreſſa in §. *in bonæ*, *infra hic* & *L.* 5. in pr. *D. de obl. & act.* Itaque duæ res iudicium bonæ fidei con-

Digitized by Google

ſtituunt, diſtinguuntque a cæteris actionibus, libera poteſtas æſtimandi arbitrandive iudici tributa; & hæc ipſa poteſtas intra modum & regulam bonæ fidei incluſa. Quæ partes ab effectis facile notari poſſunt. Nam ex libera iſta poteſtate hæc ſunt.

VIII. Dicuntur enim hæc iudicia a noſtris paſſim arbitria; & iudex in his datus, arbiter. *L. arbitrium. L. in iudicio. L. ult. D. fa. erc. L. coheredibus, C. eod. L. pro ſocio, D. pro ſoc.* Cicero *lib.* 3. de Off. *Quintus quidem Scævola Pontifex Maximus ſummam vim eſſe dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex bona fide; fideique bonæ nomen exiſtimabat manare latiſſime, idque verſari in tutelis, ſocietatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, locatis conductis.* At hæc omnia iudicia ſunt bonæ fidei, quæ vocat arbitria. Atque hinc appellatio, quod in his res committitur arbitrio iudicis, id eſt, liberæ poteſtati æſtimandi pro officio boni viri: id enim arbitrii verbum continet. *L. 1. D. de leg.* 2. Hinc & iudicia his contraria dicta ſtricti iuris, & ſtricta. Cur enim ſtricta, niſi quia priora illa quibus opponuntur, ſunt libera, & liberi iuris? Ex bona autem fide natum nomen generis. Unde enim dictæ actiones bonæ fidei? Nempe ex re nomen, ut ideo ita dicantur, quia hic omnis æſtimatio & condemnatio iudicis eſt ex bona fide, ſeu in id quod ex bona fide quemque præſtare oportet. *L. quæro,* in pr. *D. loca.* Et partes quidem huius generis ita ſe habent. Sed ex his ipſis partibus de nomine poteſt dubitari.

IX. Cum enim hæ partes duæ ſint, cur non potius ex poteſtate æſtimandi libera, quæ in his quoque ineſt, dicta ſunt iudicia libera: cum præſertim quæ his opponuntur, ex ipſa poteſtate iudicis, quia adſtricta eſt, dicantur ſtricta? Id cauſſæ eſt, quod quæ ſunt bonæ fidei, ex priore parte dici non poſſunt; ex poſteriore recte deſignantur. Nam ſi ſimpliciter dixerimus libera, unam tantum partem complexi fuerimus libertatem, altera parte omiſſa. Atque hoc modo etiam falſum dixerimus, quia non ſunt abſolute libera. At qui dixit eſſe ea, in quibus res iudicetur ex bona fide, utrumque dixit, & bonam fidem in his ſpectari, & dum iudicetur ex bona fide, hactenus omnia eſſe libera. Id autem ſignificatur ſatis, cum dicuntur eſſe iudicia, & actiones ex bona fide, ſeu bonæ fidei. Hinc nomen: cui recte opponuntur iudicia ſtricta, dum hoc verbo removere volumus non tantum abſolutam poteſtatem, ſed hanc ipſam ex bona fide iudicandi.

X. Quæ cum videamus ita eſſe, ſi quis adhuc quærit, unde nomen bonæ fidei actionum ſit natum; non videtur anxie ex formulis veterum iudiciorum repetendum longius, quod eſt in re, & ipſum per ſe eſt in promptu: fatemur enim in his iudiciis liberam poteſtatem iudici datam ex bona fide iudicandi, etiam hodie, quo tempore formulæ & interpretationes actionum ſublatæ ſunt. *C. de for. & imp. act. ſub.* Proinde in promptu eſt ex hac ipſa poteſtate recte dictas eſſe bonæ fidei actiones: utpote, ut dixi, ex re nomen. Sed quæretur fortaſſe amplius, unde fuerit hæc poteſtas ab initio, ut ſi ſit ex vetere formula, recte inde ducatur eius origo, & nomen. Dici enim poteſt nomen quidem eſſe a poteſtate iudicis; ſed poteſtatem eſſe ex formula. Ita primam cauſſam & originem nominis ex formula. Sed ne hoc quidem de poteſtate iudicis recte dicetur.

XI. Dabat quidem olim prætor iudices, ut fere mos erat in iure dicundo: dabat & iudicii formulam. Et in his ipſis actionibus, quas bonæ fidei vocamus ita iubebat iudicari, ut adderet, ex *bona fide,* aut quæ verba idem valerent, *Quod æquius melius; Ut inter bonos bene agier oportet, & ſine fraudatione,* ut indicat Cicero in Topicis in *loco a cauſſis:* item *lib.* 3. *de Off.* ubi agit de dolo malo, uti fuerit vindicatus legibus. Ex quo & poteſtas iudicis; quæ ultra id quod in iudicium ex formula deductum erat, excedere non potuit. *L. at fundus, D. com. divi.* Sed proxima tantum cauſſa hæc fuit, & quæ per ſe nihil valeret. Cæterum ipſa formula aliam cauſſam ſuperiorem habuit, a qua penderet hæc poteſtas omnis; non utique voluntatem & conceptionem prætoris, ſed ius, quod præſcribebat prætori hanc ipſam formulam: cum ita placeret eſſe formam iuriſdictionis, ut prout eſſet actio, ita proponeret prætor convenientem cuique iudicii formulam: in bonæ fidei actionibus liberam faceret poteſtatem iudici ex bona fide iudicandi; in ſtrictis rem certam diceret, in quam iuberet præciſe condemnationem fieri: cumque ordinem non ſolebant pervertere prætores, atque adeo non poterant, niſi contra naturam cuiuſque iudicii vellent facere, id eſt, contra ius, quod eam naturam præſcripſerat. A iure igitur hæc poteſtas omnis, non a formula: ut cum conſtiterit poteſtatem ex bona fide iudicandi iure dari, ſi de iure quæ-

ritur,

ritur, ſit conſtitutum, ubi quieſcere debeamus. Si de nomine actionis; ſit & huius nominis ratio ex eo iure ſtatim expoſita. Eſt enim omnino conſequens rei, ut in qua actione res iudicatur ex bona fide, ea dicatur bonæ fidei. Faciet etiam hæc cognitio, ut quamvis hodie ſublatæ ſint formulæ & impetrationes actionum: tamen non eo minus ſtatuamus & nomen vetus, & rem ipſam huius generis actionum etiam nunc manere: quia formulis ſublatis nihilominus cauſſa utriuſque rei manſerit, id eſt, ius quod huic generi cauſſam & formam dedit, non vetus prætoris formula: hæc enim ex iure, non ius ex formula. Prodeſt tamen cognitio veterum iudiciorum, & formulæ in his iudiciis ad eius ipſius iuris, quod dixi, confirmationem, ut cum animadverterimus ita formulam fuiſſe in iure dicundo, ut in bonæ fidei iudiciis liberam poteſtatem tribueret iudici ex bona fide iudicandi; in iudiciis ſtrictis contra: ſciamus ita quoque ius fuiſſe, & hanc ex iure iſtorum iudiciorum naturam. Quo de more ſi quis plura deſiderat, multi docti viri ſcripſerunt noſtra ætate, quorum e ſcriptis licet petere. Optime & accurate Duarenus in commentario de in litem iurando.

XII. De nomine actionum bonæ fidei illud obſervandum, dici etiam has actiones interdum eas quæ ex bona fide deſcendant, pro eo quod eſt eſſe bonæ fidei, ut apud Iuſtinianum in *L. unica*, *§. ſed etſi non ignoramus*, *C. de rei uxo. act.* apud Paulum in *L. domum*, in fin. (etſi locus totus videtur ex dictione a Triboniano interpolatus) *D. de contr. em.* Quod quidem proprie dici non poteſt, ne forte hæc loquendi ratio nos fallat. Quæ enim actiones bonæ fidei ſunt in contractibus, ut empti, venditi, locati, conducti, mandati, pro ſocio, & ſimiles, eæ omnes ex contractu naſcuntur. *§. rei perſequendæ ſupra eod.* id eſt, ex contractu deſcendunt. *§. ſed iſtæ ſupra eod.* Non ergo ex bona fide: quid enim ſi res mala fide geſta eſt? non poteſt dici actio deſcendere ex ea fide, quæ nulla eſt. Nec quidquam ad rem pertinet, ſi bonam fidem eam intelligemus, quæ poſtea præſtari debeat. Nam cum nondum ſit præſtita, ne ſic quidem poteſt dici actio ex ea fide, quæ non eſt, deſcendiſſe. Et ut forte res bona fide geſta ſit, ſemper tamen actio ex contractu, non ex bona fide; cum etſi abeſſet a contractu bona fides, nihilominus eadem futura eſſet actio. Sed cum ipſi contractus, ex quibus iſtæ ſunt actiones, dicantur & ipſi contractus bonæ fidei, quia maxime ex bona fide legem accipiant: *L. eum qui, D. de don. L. huiuſmodi §. qui ſervum D. de leg. 1. L. mora §. in bona, D. de uſur. L. contractus*, illic; *ſed hac ita, D. de reg. iur.* συνεκδοχικῶς nomen partis hic uſurpatur pro toto, ut dicantur actiones deſcendere ex bona fide, quæ deſcendunt ex iis contractibus, qui hanc fidem adiunctam habent. Illud omnino durum eſt, quod Paulus ipſos contractus bonæ fidei dixit deſcendere ex bona fide. *lib. 2. rec. ſent. tit. 17.* Ut enim contractus ex ſe ipſis deſcendere dici non poſſunt, ſic multo minus ex ſua parte. Denique contractus omnis nullam aliam cauſſam præcedentem habet, unde naſcatur, niſi conſenſum, & ſi quid ad conſenſum accedere debet, ut res, verba, literæ.

XIII. Stricti iuris actiones quas vocemus, ex contrario intelligitur. Nam ſi bonæ fidei ſunt, in quibus libera poteſtas eſt iudicii ex bona fide rem æſtimandi: ſtricti iuris ſint, oportet, eæ, in quibus hæc poteſtas non eſt libera. Et verba ſtricti iuris optime conveniunt, atque adeo hoc ipſum exprimunt. Nam ius inter cætera poteſtatem ſignificat: ut in illa diviſione perſonarum, cum dicimus quoſdam eſſe ſui iuris, quoſdam alieno iuri ſubiectos, hoc ſignificatur quoſdam eſſe ſuæ poteſtatis, quoſdam alienæ poteſtati ſubiectos. *L. 1. D. de rer. divi.* Strictum autem valet adſtrictum. Hoc ſenſu actio ſtricti iuris idem declarabit, quod actio ſtrictæ ſeu adſtrictæ poteſtatis. Hoc vero ipſum eſt. Eſt enim actio, in qua poteſtas iudicii certis rebus adſtricta eſt, non ut in actionibus bonæ fidei libera: quod hac diviſione atque his verbis intelligi volumus. Hanc ſignificationem repugnantia generum exigit: uſus veterum confirmat: iuris certi ratio omnem aliam excludit. Repugnantia manifeſte exigit, poſtquam eas bonæ fidei eſſe dicimus, in quibus libera poteſtas permittitur iudici, ut eſt in *§. in bona*, *infra* cui non recte opponitur, niſi id, in quo hæc poteſtas eſt adſtricta. In uſu iuris etiam hæ actiones dicuntur iudicia ſtricta, ut *L. 3. §. in hac. D. com.* item actiones ſtricti iudicii, ut in *L. in actionibus, D. de in lit. iur.* ubi apparet ſtricti verbum non ad ius publicum ſtrictum, ſed ad iudicium ipſum, quod ſit adſtrictum, referri. Non eſt autem iudicium adſtrictum, niſi in quo eadem non licent, quæ in alio licent libere. Sed tamen & de hac mente poſſet dubitari, niſi utriuſque generis & verbi vim expreſſiſſet Sene-

ca

Digitized by Google

ea alludens ad horum iudiciorum morem & formulam veterem *lib. 3. de Beneſ.* his verbis: *Melior videtur conditio cauſſæ bonæ, ſi ad iudicem, quam ſi ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos quos non excedat terminos ponit: huius libera & nullis conſtricta vinculis religio eſt.* Eſt ergo huius poteſtas nullis vinculis conſtricta: illius incluſa certis terminis, & certis vinculis conſtricta. Ex quo iudicii ſtricti, ſeu conſtricti nomen. Atque ut hæc ſignificatio rei & uſui veterum congruit; ita aliam ſignificationem verbi *iuris* in hac diviſione res ipſa & ius certum repudiat.

XIV. Alterutrum enim neceſſe eſt, ut cum nominamus quaſdam actiones ſtricti iuris, hic ius accipiamus aut ius conſtitutum, aut poteſtatem: ut ſit ſenſus, actiones has eſſe, in quibus aut res æſtimetur ex ſtricto iure, aut poteſtas iudicii ſit conſtricta ſeu anguſta. Nihil enim eſt tertium in ſignificatione huius verbi, quod huic diviſioni conveniat. At quominus de iure conſtituto ſtricto, id eſt, ſummo interpretemur, prohibet illa ſententia iuris certi, de qua initio dixi, in omnibus rebus ſtricti iuris non haberi rationem. *L. placuit, C. de iud.* Quapropter relinquitur altera ſignificatio cæteris rebus omnibus per ſe ipſa huic diviſioni optime conveniens, ut interpretemur ſtrictum ius ſtrictam poteſtatem actionis & iudicii, quæ & vere in his iudiciis ſtricta & anguſta eſt.

XV. Neque aliter accipere oportet, quod eſt apud Iuſtinianum in *L. unica*, §. *ſed etſi ignoramus*, *C.* de rei uxor. act. *actionem ex ſtipulatu ſtricto iure eſſe vallatam*, pro eo quod eſt actionem hanc eſſe ſtricti iuris. Hoc ſentit, certe ex verbo *vallatam* hoc ſentire arguitur, actionem eſſe ſtricta ſeu adſtricta poteſtate circumſcriptam. Nam vallatam dixit pro certis terminis tanquam vallo circumdatam & incluſam. At hoc nihil aliud eſt, quam quod paulo ante Seneca dixit, *actionem eſſe, in qua iudex formula includitur, & intra certos quos non excedat, terminos cohibetur.* Quod quidem ad poteſtatem iudicii his rebus conſtrictam referri manifeſtum eſt. Et hoc dicere fortaſſe melius eſt, quam fateri Tribonianum in ea conſtitutione non ſatis vim verbi antiqui iuris percepiſſe. Quanquam ne admodum nobis neceſſe ſit de eo loco conciliando laborare; fatendum eſt Tribonianum eo loco parum commode de his generibus locutum eſſe. Certe parum commode dixit *actionem ex ſtipulatu non ex bona fide deſcendere*, pro eo quod eſt non eſſe actionem bonæ fidei. Poteſt enim ea actio deſcendere ex bona fide, id eſt, ex ſtipulatione bona fide contracta, quanvis nec ipſa ſtipulatio ſit contractus bonæ fidei, ut nunc vocamus, nec actio, quæ inde naſcitur bonæ fidei. Poteſt tamen defendi ſic recte dici non deſcendere ex bona fide, ut intelligatur non deſcendere ex contractu bonæ fidei: parte poſita pro toto, ut paulo ante oſtendi in verbo actionis bonæ fidei. Utcumque eſt, ſi ſtricto iure vallatam intellexit Tribonianus eam, quam ſtricti iuris intelligi debere diximus, recte ſenſit, & veterum ſententiæ convenienter. Sin eam quæ ſtricto, id eſt, ſummo iure utatur, ſeu in qua ſummi & ſtricti ſolum iuris ratio habeatur; agnoſcendum eſt dictum ab illo parum commode.

XVI. Nec melius Theophilus, cum de ſtrictis iudiciis ita ſcripſit in §. *in bonæ, infra* ἐν αἷς τῆς ἀκριβείας γίνεται λόγος: ſi modo id ſenſit, quod verba exprimere videntur, *in quibus ſtricti & ſummi iuris ratio habetur.* Eſt enim adverſus *d. L. placuit, C. de iud.* Et præterea repugnantiæ generum, quam lex rectæ diviſionis exigit, item uſui veterum adverſatur.

XVII. Poſtquam quæ dicantur actiones bonæ fidei, quæ ſtricti iuris, & unde, tenemus, ſequitur cognoſcamus, quæ ſit iſta poteſtas iudicii, quam his actionibus tribui, & a qua hæc genera diſtingui diximus: tum quæ ea poteſtate contineantur. In quo cernitur vis atque uſus huius diviſionis: quam unam ob cauſſam hæc genera proponi & cognita habere oporteat. In bonæ fidei iudiciis liberam poteſtatem eſſe diximus iudici æſtimandi, ex §. *in bonæ infra:* ſed æſtimandi ex bona fide, ut eſt in *L. 5.* in pr. *D. de obl. & act.* In ſtrictis iudiciis contra. Quapropter ſi ſcierimus, quid ſit hoc ex bona fide, & quid contineat, poteſtatem utriuſque iudicii cognoverimus. Principio hoc generaliter ſtatuendum eſt, ex bona fide valere ex æquo & bono. Quod enim Caius in *d. L. 5. de obl. & act.* dixit *in actionibus bonæ fidei agi de eo, quod ex bona fide alterum alteri præſtare oportet*, id ipſe idem in *L. 2. eod. tit.* ſic expreſſit, *ut diceret in his alterum alteri obligari de eo, quod alterum alteri ex bono & æquo præſtare oportet.* Eodem modo Iuſtinianus explicat in §. *in bonæ, infra.* Hinc qua in actione olim addebatur *Quod æquius melius*, qualis fuit rei uxoriæ actio, ut ſcribit Cicero *Lib. 3. de Offic.* & ſignificatur in *L. pen,*

in fin. *D. ſol. mat.* (unde bæc eadem dicitur in bonum & æquum concepta in *L. eas, D. de cap. min.*) ea dicitur actio una eſſe ex bonæ fidei iudiciis in *§. fuerat, infra eod.* Quod non alia de cauſſa dici poteſt, quam quod id·ipſum quod eſt æquius melius, eſt ex bona fide; & quod ex bona fide, idem æquum & bonum. Sed & idem Cicero eodem *Lib. 3. de Off.* inter exempla eorum arbitriorum, quibus addebatur olim ex bona fide, numerat fiduciam, genus contractus vetus apud Romanos: cuius tamen in iudicio paulo ante ſcripſerat addi illa verba aurea, *ut inter bonos bene agier oportet, & ſine fraudatione.* Quæ non cohærent, niſi hæc ipſa, quæ inter bonos & bene aguntur, ſint eadem etiam ex bona fide. Inde etiam illud Tryphonini in *L. bona, D. dep.* bona fides, quæ in contractibus exigitur, ſummam æquitatem deſiderat.

XVIII. Quo loco etiam neceſſario oritur quæſtio de verbi ſignificatione. Quid enim, an idem eſt bona fides, quod æquum & bonum? Nemo dicet: neque enim cum dicimus aliquem bona fide poſſidere, hoc ſignificamus eum poſſidere ex æquo & bono: cum poſſidere bona fide ſit putare eum dominum eſſe a quo accipimus, quod eſt facti: æquum autem & bonum ſit ius, quod factum tuetur, aut repudiat. Itaque tantum intereſt inter bonam fidem, & æquum & bonum, quantum inter rem facti, & iuris: inter quas tamen tantum intereſt, ut una alteri opponatur. *L. moræ,* in pr. *D. de uſur. L. conſilio,* in fin. *D. de cur. fur.* Dicet aliquis, bonam fidem quidem non eſſe æquum & bonum; ſed tamen in contractibus bonam fidem hoc ipſum efficere, ut præſtari debeat, quidquid eſt æquum & bonum, quaſi prius de eo fides ſit interpoſita, ut ſit bona fides, huius præſtationis cauſſa; præſtatio, bonæ fidei effectus. Sed ne hoc quidem videtur ex ſignificatione verbi dici poſſe. Scimus enim quid Latinis ſit fides. *Eſt,* inquit Cicero Lib. 1. de Offic. *dictorum conventorumque conſtantia & veritas: ſic dicta, quia fiat, quod dictum eſt.* Ex quo intelligitur non eſſe fidem, eoque nec bonam fidem extra quam dictum quid; promiſſumve eſt. At quam multa ſunt in contractibus bonæ fidei, quæ ſervantur ex æquo & bono, de quibus prius nihil promiſſum aut dictum etiam omnino eſt, eoque ubi nulla fides eſt data? Nam ut poſtea dicetur, ex hac æquitate præſtantur pleraque, de quibus nihil convenit. Pleraque contra fide de his data, non præſtantur. Ex quibus illud ſine fide & conventione fit: hoc etiam contra fidem datam: ut dici quidem poſſint fieri iſta ex bono & æquo; at certe non poſſint ex fide, ſive bona ſive mala, quoniam de his nulla fides data ſit. De quibus ſic habendum puto.

XIX. Non ſunt, ut dixi, hæc eadem, aut idem ſignificantia, bona fides, & æquum & bonum, ſeu æquitas. Unde bene Tryphoninus bonam fidem quæ in contractibus exigitur, dixit non ſummam æquitatem eſſe, ſed *ſummam æquitatem deſiderare,* ut iſta res diverſas eſſe intelligeremus; nulla enim res dicitur ſeipſam deſiderare, ſed aliam. Sed ſi in contractibus bonæ fidei fides datur ex officio boni viri de omnibus iis præſtandis, quæ ſunt ex æquo & bono: recte bona fides dicetur iſtam æquitatem deſiderare: quia bona fides, quæ inde exigitur, ut cauſſa hanc præſtationem tanquam effectum pariat. Ego autem iſta omnia, quæ in contractibus bonæ fidei ex æquo & bono præſtari dicimus, præſtari exiſtimo ex bona fide, eaque data, ut fidem a Cicerone definiri ſupra diximus. Non præſtantur omnia ex fide aperte data, quia ſæpe de his nihil nuncupatum eſt verbia: ſæpe etiam præſtantur quædam contra fidem aperte datam: at præſtantur ex fide tacita, & ea, quæ ex his quæ geruntur, intelligitur. Sciendum eſt enim in iis contractibus & cauſſis quæ ſunt bonæ fidei, negotium alios cum aliis gerere, in quo gerendo vultu & oratione ſe viros bonos præſtituros iis cum quibus res eſt, pollicentur; certe hoc ipſo, quod ſe contrahere velle dicunt, & aliquid conſequi, tales ſe videri volunt. Nam cum ſint ea negotia, ut poſtea dicetur, quæ mutua præſtatione & obligatione conſtent: primum quidem hoc conſtat ita unumquemque erga ſe affectum eſſe, ut cupiat ab eo, cum quo contrahit, ſibi omnia in eo negotio recte præſtari, & ex boni viri officio. Quod quia ab illo tacite exigit, valde conſentaneum eſt exiſtimari ipſum, ut hoc ab illo impetret, eadem viciſſim & de ſe polliceri. Et quidem ea vis eſt honeſti in animis noſtris, ut etiam qui vivunt turpiter, & reipſa fraudant, tamen rebus externis boni viri haberi velint. Bene igitur, & rei ac verbo convenienter factum, ut qui contrahunt, cum in negotio ea præſtant, quæ viros bonos decet, id eſt, quod æquum & bonum eſt præſtari, dicantur præſtare ex bona fide, id eſt, ex eo quod prius vultu, geſtu, & oratione pollicebantur, ac veluti ſe præſtitu-

Digitized by Google

ſtituros fidem dabant. Ut nihil aliud ſit ex fide bona, quam ex officio bonorum virorum, quales ſe omnes hic profitentur, & haberi volunt. *L. ſi in lege*, in pr. *D. loc.* Hoc vero officium, ſummam illam æquitatem deſiderat, quam Tryphoninus dixit. Ergo & bona fides, quæ hoc officium pollicetur, ac promiſſum exigit. Idque ipſum eſt, quod Cicero *lib. 3. de Offic.* ſcribit, Quintum Scævolam Pontificem Maximum dicere ſolitum, *magnam vim eſſe in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonæ nomen manare latiſſime: idcirco in his magni eſſe iudicis ſtatuere, præſertim cum in pleriſque eſſent iudicia contraria, quid quemque cuique præſtare oporteret.* Magni, quia hoc ipſum magni eſſet & iuris periti iudicis ſtatuere, quis eſſet vir bonus, quid ex æquo & bono, quæ omnia fidei bonæ verbo continerentur.

XX. Sed eo maioris, quod, inquit, *in pleriſque eſſent iudicia contraria*, id eſt, ut bene iudicio meo Duarenus accepit ad *tit. de in lit. iur. num.* 21. quod in pleriſque iudicibus varia eſſent, & contraria de eo iudicia, ut & ille ſcribit, quod iudices ipſi varie iudicarent, & aliud alii iudici videretur. Et vero id ita interpretandum omnino eſt; non autem de iudiciis, id eſt actionibus, contrariis, quæ directis opponuntur, ut in commodato, depoſito, mandato, §. *ex quibuſdam, infra de pæ. tem. lit.* Non enim profecto contraria iudicia ſunt in directis iudiciis, cum hæc & perſonis, & rebus ac præſtationibus omnibus ſint diſtincta. *L. ei apud*, in pr. *D. depo. L. in rebus*, §. *ult. D. com.* Sed nec dici poſſunt contraria iudicia generaliter eſſe in quibuſdam bonæ fidei iudiciis, pro eo quod eſt, inter bonæ fidei iudicia pleraque eſſe contraria: alioqui ita dicendum fuiſſet Ciceroni, præſertim cum in bonæ fidei iudiciis pleraque eſſent iudicia contraria. Poſtremo ut recte diceretur in pleriſque iudiciis bonæ fidei eſſe iudicia contraria, pro pleraque eſſe contraria: tamen nihil hoc plane pertineret ad amplificationem Ciceronis, quam ille in his verbis intelligi voluit. Non enim eo maioris eſt iudicis, & magis intelligentis tractare hæc iudicia, & ſtatuere, quid quemque cuique præſtare oporteret, quia inter hæc pleraque eſſent contraria. Immo contra ideo minoris & minus intelligentis iudicis tractare iudicia contraria, quam directa; quia in contrariis ſolum de una re agitur, id eſt, de indemnitate eius qui agit: *d. L. ei apud dep.* directa autem multis & variis rebus ac præſtationibus, iiſque ſæpe obſcuris contineatur. Sed tunc vere intelligimus in directis iudiciis magni iudicis eſſe de his rebus ſtatuere, cum audimus ita has res eſſe varias, quas quemque cuique præſtare oporteat, ut ſint etiam cognitu obſcuræ & difficiles, ac de his contraria ſint iudicia in pleriſque iudicibus. Sic enim intelligimus maxime perſpicacis eſſe iudicis videre ac deligere in his, quid ſit rectum & æquum maxime.

XXI. Hoc intellecto de bona fide, magis tamen intellectum eſt, quid ſit in verbo, quam quid ſit in re, de qua quæritur. Supereſt enim adhuc illa quæſtio, quid ſit in his iudiciis ex æquo & bono, quid ex officio boni viri: quæſtio ſi rem ſpectes, eadem, certe non minus obſcura, quam illa quid sit ex bona fide: cum hoc ipſum ſtatuere quid sit ex fide bona, ideo magni iudicis eſſe dixerimus, quia hic quæreretur, quid eſſet ex æquo & bono, quid ex officio boni viri. Et fuit olim res obſcurior, quæ ideo maiore eruditione & prudentia indigebat, cum nondum quid eſſet in hoc genere, comprehenſum eſſet ullo certo iure, aut interpretatione Iuriſconſultorum. Poſt ubi iſta notata ſunt, & tradita ab his quorum ſcripta extant in libris noſtris, facta ſunt omnia certiora, quæ hic ſequamur; ſi tamen veterum ſententias, quæ huc pertinent, recte accipiamus, & quæ ſunt ab illis tam varie tot locis ſine ulla certa regula de hac parte tradita, ad certa genera, & ad certam aliquam præceptionem, quantum poteſt, revocemus. In quo etiamnum ab eruditis laboratur. Nam ab Accursio & ſimilibus veterum iudiciorum ignaris iſtarum rerum cognitio non eſt exſpectanda. Et eorum, quæ in iudiciis bonæ fidei exiguntur ex fide bona, ſeu ex æquo & bono, quæ quidem horum iudiciorum propria ſint, duo genera eſſe animadverto. Quædam ſunt in eo, ut præſtentur, quanvis de his nihil convenerit, aut etiam dictum ſit; quædam in eo, ut quanvis de his aperte verbis convenerit, ne præſtentur. Utrumque quia ex fide bona, quia æquum & bonum. Ex his quæ præſtanda ſunt ſine ulla conventione, quædam omnimodo præſtanda ſunt propter ſeipſa: quædam hac conditione, ſi quis facto ſuo aliquid incommodi attulit adverſario.

XXII. Sine conditione ulla præſtari placet, quæ ſunt moris & conſuetudinis: id eſt, omnia, quæ in huiuſmodi negotiis in quaque regione frequentantur, & a contrahentibus inter ipſos de more præſtari ſolent: veluti ut venditor evictionis nomine

mine duplam promittat. *L. quod ſi nolit, §. quia aſſidua, D. de ædil. ed.* Atqui hæc talia ſunt plerumque, ut de his ab hominibus præſertim rerum & moris imperitis ne cogitatum quidem sit in re contrahenda. Sed ſunt omnia eiuſmodi, ut quia mos publicus ea iniungit, æquum ſit ob hunc morem ea præſtari. Si quid incommodi facto unius ex contrahentibus allatum ſit ab adverſario, id uti quæque res eſt, vindicari ſolet his iudiciis. Hac autem parte, tria genera factorum coercentur, quibus noceri ſolet adverſario, reticentia doluſque omnis adhibitus in contrahendo; & rebus iam contractis rei deterioratio, & mora.

XXIII. Reticentiæ pœna adverſus eos, qui eum cum quo contrahunt, ex officio bonorum virorum monere alicuius rei debuerunt, & contra officium cælarunt. De quo officio ita placuit, ut ſi ab initio interſit unius ex contrahentibus, quid ſcire, ne aliter obligetur, quam oportet, id ſi ſciat alter, aperte dicere debeat, nec pati commodi ſui cauſſa eum, qui ignorat, errare, veluti, in emptione ſi quid ſit vitii morbive, ſi quid ſervitutum, ſi quid tributorum, ſi quid incommodi denique in re vendita, propter quod expediat emptori aut rem omnino non emere, aut non tanti, aut non differre eius uſum longius; ut id dicat venditor emptori, quid ſit, & dicat palam & aperte; non obſcure vel ambigue, ſed ita ut quivis intelligere poſſit id ipſum eſſe, de quo eſt controverſia. Si cælet emptorem, aut fallendi cauſſa obſcure loquatur, aut etiam inſidioſe obſcure diſſimulet, reticentiæ & diſſimulationis pœna adverſus eum conſtituta in id quod emptoris intereſt. *L.* 1. *§.* 1. *L. Iulianus, §. idem Iulianus. L. ſi ſterilis. §.* 1. *L. in venditione, D. de act. empt. L. ſi vina, D. de per. & com. rei vend. L. quod ſæpe, §. ult. L. ea quæ §. ult. D. de cont. empt.* Hoc ideo, quia cum bonæ fidei contrarius ſit dolus; *L.* 3. *§. ult. pro ſoc. L. contractus, D. de reg. iur.* ſemper hunc a ſe abeſſe præſtare debet, qui contrahit in iudicio bonæ fidei. *L. tenetur,* in fin. *d. L. Iulianus, §. idem Iulianus, de act. empt. d. L. ea quæ,* in fin. *de cont. empt.* Is autem in venditore eſſe intelligitur, non tantum ſi mentiatur, ſed etiam ſi lucri ſui cauſſa ſciens quid reticeat, vel malitioſe diſſimulet, *d. L. ea quæ,* in fin. *de con. empt. L.* 1. *§.* 1. *de act. empt.* de quibus plura in præſtationibus empti & venditi cognoſcenda ſunt.

XXIV. Rebus contractis non tantum hoc ex bona fide, ut quod debetur, præſtetur, ſed etiam ut præſtetur nec deterius, & ſuo tempore ac ſine mora. Deterius qui reddit aut facto ſuo aut culpa, ita tenetur vetere actione, ut nec ipſo iure liberetur. *L. & eleganter, §. non ſolum, D. de dol.* de quo ſcripſi pluribus ad *L.* 3. *D. de cond. trit.*

XXV. Sed etſi debitor moram fecerit, æquum eſt creditori moram non nocere, eoque & poſt moram commoda ei præſtari, quæ percepturus eſſet, aut perelpere potuiſſet, ſi mora non eſſet interpoſita.

XXVI. Huius autem generis commoda tria: in re ne reddatur deterior, extra rem in cæteris quidem rebus fructus; in pecunia autem uſuræ. Atque hinc etiam placet iſta in bonæ fidei iudiciis præſtari ex mora. Re poſt moram deteriore facta ex bonæ fidei contractu nullo modo liberatur debitor, quin vetere actione ipſam integram reſtituere debeat, qualis fuit ante moram. *L.* 3. *§.* 1. *D. com. L.* 1. *§. ſi res depoſita. D. dep.* de quo item ego plura ad *L.* 3. *de cond. trit.* De fructibus traditum in *L.* 3. in pr. *D. de uſur.* De uſuris diſerte & generaliter in *L. mora, §. in bonæ. D. eod.* Ratio reddita in *L. uſuræ, eod. tit.* quod uſuræ vicem fructuum obtineant, nec debeant a fructibus ſeparari, in legatis, fideicommiſſis & bonæ fidei iudiciis. Qua ratione maxime confirmatur, quod prius dixi de fructibus, fructus generaliter in his ipſis iudiciis ex mora præſtari. Nam uſuras conſtat deberi ex mora. *d. L. mora, §. in bonæ, de uſur.* Quod ſi uſuræ in hac præſtatione vicem & ſimilitudinem fructuum obtinent, neceſſe eſt intelligi prius hanc ipſam conditionem fructuum eſſe, quam ſimilitudo & exemplum ad uſuras transferretur. Quæ cum præſtentur in his iudiciis ſine ulla conventione, tantum ex mora, quia æquum eſt; ideo dicuntur non eſſe in obligatione, ſed præſtari officio iudicis; item magis ex officio iudicis, quam ex obligatione proficiſci. *L. quia, D. de neg. geſt. L. qui per colluſionem, §. ult. D. de act. em. L. quæro,* in pr. *D. loc.*

XXVII. Quæ promiſſa cautave ſunt, ut præſtari non ſit æquum, duabus de cauſſis accidit; vel quia ab initio contraxit promiſitve quis inductus dolo, aut coactus metu; vel quia re ab initio recte contracta uſitatam exceptionem aliquam poſtea nactus eſt pacti, iuriſiurandi, rei iudicatæ, vel doli mali, quales deſcribun-

tur, *infra tit. de except.* Si quid horum incidat in contractum bonæ fidei, æquitas iudicii facit, idque horum iudiciorum proprium eſt, ut qui defenditur his rebus, non teneatur ipſo iure, nec deſideret exceptionem. Primum hoc conſtat, ſi quid in bonæ fidei contractibus geſtum contractumve ſit ab initio dolo malo, ipſo iure non valere. Utputa, nulla eſt venditio, ſi quis circumſcriptus ſit in hoc, ut venderet. *L. Et eleganter*, in pr. *D. de dol.* Similiter ſocietas, ſi dolo malo aut fraudandi cauſſa coita ſit, ipſo iure nullius momenti eſt. *L. 3. §. ult. D. pro ſoc.* utrumque, ut eſt in *d. L. 3.* in fin. quia fides bona contraria eſt fraudi & dolo. Ergo & ſi quid horum factum ſit metu. Nam & metus dolum habet; *L. item ſi eum, §. pen. D. quod. met. cau.* & idem non minus contrarius conſenſui, nec minus contra bonos mores, quam dolus. *L. nihil conſenſui, D. de reg. iur.* Ex quo recte hæc dicuntur non valere ipſo iure; dum hoc ſic accipimus, non valere iure civili, id eſt, verbis & ſententia iuris de hoc genere contractuum conſtituti, vel, ut olim, verbis ipſis iudicii & formulæ. Iubentur enim iſta in his iudiciis æſtimari ex bona fide. Verum eſt autem etiam ſecundum verba, quæ ita geſta ſunt, bona fide geſta non eſſe. Ad hanc regulam referri oportet omnem præſtationem, quæ in his iudiciis contra bonos mores deſideratur: quam idem dicitur bonæ fidei iudicium non recipere. *L. generaliter, D. de uſur.* Eodem pertinet, quod dicitur bonæ fidei contractus non pati iniquam conventionem. *L. ex empto, §. ult. D. de act. empt.* Hoc enim ſignificatur, ſi adiecta ſit, non valere.

XXVIII. De exceptionibus etiam quæ poſt rem bona fide contractam in his iudiciis debitori natæ ſunt, hæc veterum definitio eſt, has bonæ fidei iudiciis ineſſe, bonæ fidei iudicio contineri. *L. 8. D. de reſ. uen. L. huiuſmodi, 34. §. qui ſervum, D. de leg. 1. L. ſed etſi, 21. D. ſol. mat.* Ut cætera in more veterum iudiciorum inſtituendorum poſita docte & luculenter in lucem protulit Duarenus in *L. iuris gentium, de pact.* & ad *tit. de in litem iurando:* ſic ſuperiorem definitionem veterum ex eo more natam recte ſic accepit, ut diceret adverſus eum quidem, qui his exceptionibus munitus eſt, reddi iudicium bonæ fidei, ſi neget ſe teneri, aut ſe debere quod petitur (nam quomodo aliter diceretur exceptio iudicio ineſſe, ſi iudicium nullum eſſet conſtitutum?) ſed ita reddi, ut quanvis reus non dixerit, quamobrem non teneretur, id eſt, quanvis exceptiones illas initio tum non obiecerit, & ſit conteſtatus, ut includerentur iudicio, & ut olim mos fuit, includerentur formula iudicii; tamen vi & poteſtate iudicii quod bonæ fidei eſt, inſint iudicio non minus, quam ſi in iudicium nominatim eſſent deductæ litis conteſtatione. Inſint autem ita, ut ad officium iudicis pertineat, ſi poſtea allegentur, eas æſtimare & cognoſcere, & ſi veras cognoverit, reum inde abſolvere.

XXIX. Ineſſe ergo iudicio exceptionem tria continet: primum non neceſſe eſſe exceptionem obiici initio in lite conteſtanda, & hanc in iudicium nominatim deduci, ut inſit iudicio. Alterum, quanvis exceptio non ſit obiecta initio, & nominatim in iudicium deducta; tamen re vera iudicio includi, eoque & ad officium iudicis pertinere habere eius rationem. Tertium, ſic in hac re eſſe officium iudicis, ut re probata debeat reus ex ea exceptione, quæ iudicio inerat, abſolvi. Duo priora ſic expreſſit Paulus in *L. plane, D. de her. pet.* *Benignius eſt*, inquit, *in prædonis quoque perſona haberi rationem impenſarum: non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere.* Addit, *Et idipſum officio iudicis continebitur, nec exceptio doli mali deſideratur.* Apertius utrumque Scævola in *L. ult. eod. tit.* his verbis: *Quæſitum eſt, cum paratus ſit pater reſtituere hereditatem habita ratione eorum, quæ in eum erogavit, an filius nihilominus perſeverans petere hereditatem doli mali exceptione removeri poſſit. Reſpondi, etſi non exciperetur, ſatis per officium iudicis conſuli.*

XXX. Quid eſt non deſiderari exceptionem, aut non deſiderari, ut excipiatur? Non ſane hoc ſignificat, non neceſſe eſſe unquam allegari a reo eas cauſſas, propter quas exceptio initio competeret. Nam quomodo iudex iuris tui rationem habeat, te propterea abſolvat, ubi iura tua non noverit? & quomodo noſſe poteſt, ubi ea non alleges, & negante adverſario probes? Sed hoc ſignificatur non neceſſe eſſe eas cauſſas ita allegari, ut ſint exceptiones iudicii conſtituti, id eſt, ut initio obiiciantur, quo ex his addatur iam a principio in iudicium exceptio, qua actio & intentio actoris vel removeatur, vel minuatur, id enim exceptio proprie ſignificat *L. 2. D. de exc.* Cæterum exceptione harum rerum initio omiſſa, ſaltem ante rem iudicatam deſideratur, ut ſi actor de intentione ſua probaverit, hic iura illa ſua alleget reus, quibus a iudice cognitis

& pro-

& probatis abſolvi debeat. Sic enim fit, quod ait Scævola, *ut ei conſulatur:* ſic fit, quod Paulus ait, *ut eius allegationis ratio habeatur*. Hoc autem eſſe officium iudicis in hac re, ut reus hac de cauſſa abſolvatur, quia exceptio contineatur bonæ fidei iudicio, diſerte ſcriptum eſt a Iuliano in *d. L. huiuſmodi*, *§. qui ſervum, de leg.* 1. Unde ergo hæc poteſtas iudici has allegationes poſt rem iudicatam æſtimandi, quæ in iudicium verbis deductæ non ſunt? Nam ne fruſtra in bonæ fidei iudicio hoc quiſquam quæri exiſtimet, generalis hæc ſententia eſt, ultra id quod in iudicium deductum eſt, excedere poteſtatem iudicis non poſſe; & quidem uſurpata in iudicio communi dividundo, quod eſt bonæ fidei, in *L. ut fundus*, *D. com. divi.* Et poteſtas eſt non aliunde, quam ex eo ipſo quod in iudicium deductum, & iudici permiſſum eſt. Nam his iudiciis ſive veterem formulam dandi ſpectes, ſive ius quo ita prætor iudicium dare cogebatur, quod etiamnum manſit, iubetur iudex iudicare ex fide bona. His verbis hoc continetur, ut qui exceptionem habet iure comparatam, non condemnetur: non eſt enim æquum bonum, eum cui exceptio aliqua data ſit, qua totus eſſe debeat, condemnari. *Inſt. de exc.* in pr. & deinceps: proinde nec ex bona fide.

XXXI. Hæc cum dicimus his iudiciis contineri, ſic accipimus, ut contineantur, ſive quid certum nominatim petitum ſit, ſive indefinite, quantum iudici videbitur ex bona fide. Olim quidem conſtabat; quia ſemper his iudiciis addebatur Ex bona fide, aut quod eandem vim haberet, ut diximus. Nunc formulis ſublatis cum ius manſerit, idem nunc quoque iudici datum intelligemus. Niſi quis putat proprium eſſe horum iudiciorum, ut actor nihil certum petat, ſed tantum, quantum alterum alteri præſtare oporteat. Sed & potuiſſe olim, & nunc maxime poſſe certum peti his iudiciis, puta rem venditam ex empto; pretium & uſuras certas de quibus ſorte convenerit, ex vendito, ut nihilominus intelligantur cætera vi & poteſtate iudicii adiici; conſtat ex eo, quod ex his cauſſis competit, & competiit iam olim certi condictio. *L. in duobus*, *§. exceptio*, *D. de iureiur.* Non competebat autem hæc condictio, niſi ex iis cauſſis, ex quibus certum petitur, id eſt, peti poteſt. *L. certi*, in pr. *D. ſi cer. pet.*

XXXII. Sed & cum ſuperiora prope omnia maxime in facto conſiſtant; puta aliquid frequentari in aliqua regione, rem feciſſe deteriorem, in mora fuiſſe, dolum metumve adhibuiſſe; pactum interveniſſe; vel iusiurandum, vel rem iudicatam, ex quibus defenſiones naſcuntur reo, quarum rerum omnium quæſtionem in hæc iudicia venire diximus: vel hinc liquido apparet in his iudiciis, ſimiliter ut in ſtrictis, facti quæſtionem verſari, non tantum iuris: neque hic quidquam proprium eſſe actionum bonæ fidei.

XXXIII. Cætera cum horum iudiciorum propria eſſe dicimus, nempe hoc ipſo negamus in ſtrictis iudiciis locum habere: ex quo intelligitur horum iudiciorum differentia, propter quam neceſſe ſit hæc genera inter ſe diſtingui. Unde & ſingulorum vis & poteſtas, quam quærimus. Id autem an recte negemus, ſic plane conſtare poterit, ſi eadem illa repetita conferantur in his iudiciis, & ſingula in his diverſa ſtatui, una actione ex teſtamento excepta, reperiemus.

XXXIV. Ac de iis, quæ ex contractu præſtari volumus, hæc iuris certi diſtinctio eſt, ut placeat in bonæ fidei iudiciis omnia præſtari officio iudicis, quæ alterum alteri præſtare æquum eſt, etiam ſine conventione: in ſtrictis autem iudiciis ea demum, de quibus convenit, nihil amplius. *§. ult. Inſt. de obl. ex conſ. L. quia*, *D. de neg. geſt.* niſi ſi quid ſaltem natura iudicii continetur. *L. cum quid*, *D. ſi cer. pet.* Ideo de iis, quæ ſunt moris & conſuetudinis, nuſquam traditum ea in ſtrictis iudiciis venire. Quinimmo cum dicitur nominatim ea in bonæ fidei iudiciis debere venire: ſatis hoc ipſo eadem a ſtrictis iudiciis removentur. *L. quod ſi nolit*, *§. quid aſſidua*, *D. de æd. ed.* Inde quoque in his nec uſuræ pecuniæ, nec fructus debentur ex mora. De uſuris quidem ius certum, has ex mora in actionibus ſtricti iuris non deberi, cum ubique ut debeantur ex mora, bonæ fidei tantum iudiciis tribuatur. *L. moras*, *§. in bonæ*, *D. de uſur. L. initio*, *C. de pac. int. em. & ven.* Sed adeo hoc verum eſt, ut ne debeantur quidem in his poſt litem conteſtatam. Argumento eſt condictio indebiti, in qua pecuniæ indebitæ uſuræ, nec poſt litem conteſtatam præſtantur. *L. 1. de cond. ind.* Nam quod dicitur in *L. lite*, *D. de uſur.* lite conteſtata uſuras currere, hanc ſententiam habet, uſuras quæ prius deberi cœperant, lite conteſtata nihilominus currere, id eſt, earum curſum lite conteſtata non retardari: vel deberi cœptas lite conteſtata perſeverare: quomodo dictum eſt longum tempus currere ei, qui rem alienam eſſe poſtea cognovit: ubi ſignificatur

per longum tempus non incipere, ſed perſeverare uſucapionem antea cœptam. *L. bonæ*, 48. §. 1. *D. de acq. rer. do.* Nequaquam autem hoc dicitur, uſuras lite conteſtata incipere deberi, ſeu incipere currere. Nam si uſuræ poſt litem conteſtatam non veniunt in indebiti condictionem, quæ tamen condictio ex æquitate naturali eſt: *L. indebiti*, In pr. *D. de cond. ind.* multo minus in cæteris actionibus ſtricti iuris, quæ eadem æquitate non nituntur, uſuræ poſt litem conteſtatam accedent. Denique ius certum eſt, uſuras in ſtrictis iudiciis citra ſtipulationem non deberi. *L.* 3. *C. de uſur. L. ſi pupilli, in fi.* iuncta *L. quia*, ſeq. *D. de neg. geſt.* De fructibus in his iudiciis hoc ſervatur, ut poſt acceptum quidem iudicium ex æquitate præſtandi sint, quia poſt iudicium acceptum, id eſt, litem conteſtatam omnis cauſſa præſtanda sit: at ante non veniant ne ex mora quidem, si quis actionem habeat ad id conſequendum, quod eius non fuit, veluti ex ſtipulatu. *L. videamus*, §. *actionem*, *D. de uſur.* Hic & in fructibus & uſuris excepta ſunt legata ac fideicommiſſa. Actio ex teſtamento quæ ex his cauſſis naſcitur, ſtricti iudicii eſt. *L.* 5. in fi. & *L. alias*, *ſeq. D. de in lit. iur.* Placet tamen in his fructus ex mora venire: ſed & uſuras, non ſecus quam in bonæ fidei iudiciis. *L.* 3. in pr. *L. uſuræ*, *D. de uſur. L. in minorum*, *C. in quib. cau. in int. reſt. nec. non eſt.* Haud dubium, quin favore ultimarum voluntatum, quas publice etiam expedit quam maxime & citiſſime exitum habere. *L. vel negare*, *D. quem. teſt. ap. L.* 1. *C. de ſa. ecc.* In re deteriore facta, quæ ex contractu ſtricti iuris, veluti ex ſtipulatu, debita fuerit, placet ſemper promiſſorem hactenus vetere actione liberari, ac ſi quid in eo fecit dolo, teneri tantum actione de dolo: sine dolo autem plane liberari. *d. L. & eleganter* §. *non ſolum*, *D. de dolo:* de quo etiam ſcripsi ad *d. L.* 3. *de cond. trit.* Quod attinet ad ea, quæ cum verbis cauta eſſent, volumus ex æquo & bono non præſtari, sic de his ius eſt in ſtrictis iudiciis, ut si quis quid ab initio deceptus dolo, aut coactus metu, aut etiam errore ſuo inductus promiſerit, quod non debebat; nihilominus conſiſtat ipſo iure ſtipulatio, & promiſſor ſtipulanti obligetur; ſed actio doli mali exceptione ſummoveatur. *L. dolo*, *C. de inut. ſtip. L. ſi quis cum aliter*, *D. de verb. obl.* Quod si re ab initio recte contracta, aliquid intervenerit poſtea ex iis, ex quibus exceptiones iure proditæ ſunt, puta pactum, iuſiurandum, res iudicata, non minus & hic promiſſor eas exceptiones habebit. Quinimmo hæ maxime comparatæ ſunt tuendorum reorum cauſſa in ſtrictis iudiciis, in quibus alioqui futurum erat, ut ſummo iure damnari deberent, *infra de excep.* in pr. & deinceps, Sed nihil hic amplius conſequitur promiſſor & ab initio, & poſtea, quam exceptionem: cum in bonæ fidei iudiciis ipſo iure & poteſtate iudicii ex his cauſſis tutus ſit is, cum quo agitur.

XXXV. Quid ergo intereſt, ipſo iure quis non teneatur, an vero teneatur ita, ut actio per exceptionem infirmetur? Sane nihil, si quis exceptione sit uſus, id eſt, si quis ab initio intentioni actoris obiecit exceptionem, eamque hoc modo conteſtatus in iudicium deduxit: id enim, ut ante dixi, exceptio significat: *L.* 2. *de excep.* idque eſt, quod dicitur nihil intereſſe, ipſo iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *L. nihil intereſt*, *D. de reg. iur.* At finge initio exceptionem omiſſam, dum simpliciter negat reus ſe quidquam debere. Hic aliud bonæ fidei iudicium, aliud ſtrictum omittenti tribuit. Prius reum liberat, quandocunque poſtea ante rem iudicatam allegarit ea, propter quæ æquum sit eum non teneri. His enim cognitis iudex qui iubetur iudicare ex bona fide, etiam ſecundum verba, id eſt, ipſo iure recte eum abſolvet, & quidem pro poteſtate sibi commiſſa: quoniam sive quid ab initio dolo malo geſtum eſt, verum eſt ipſo iure id ex bona fide non valere; ſive poſtea reo exceptio aliqua nata eſt, verum eſt eum bona fide, id eſt, ex æquo & bono non teneri. Strictum iudicium exceptione quæ reo competebat omiſſa, iudicem adſtringit olim formulæ, nunc petitioni & litis conteſtationi, ut reum convictum promiſiſſe, aut iure debere id, quod negabat, condemnare debeat. Nec quidquam proderit reo, ſi poſtea exceptionem alleget. Semper enim hoc tenendum eſt, ultra id quod in iudicium deductum eſt, excedere poteſtatem iudicis non poſſe. *L. ut fundus*, *D. com. divi.* Non eſt autem deducta in iudicium exceptio, quæ initio omiſſa eſt in hoc genere iudiciorum in lite conteſtanda. Verbis quidem deductam non eſſe conſtat, quam reus initio non eſt conteſtatus, idque ipſum & in bonæ fidei iudicio diceremus. Sed nec poteſtate iudicii ſtricti in iudicium deductam dixeris, ut ea a iudice æſtimetur, quoniam in hoc genere iudiciorum hoc tantum iudici com-

miſſum

miſſum eſt, ut iudicet de his quæ nominatim in iudicium deducta ſunt, non etiam infinite de omnibus, quæ videantur ex æquo & bono æſtimanda. Sic fit ut ſuperiores exceptiones omnes recte dicantur ipſo jure, id eſt, & ſecundum verba iudicio bonæ fidei ineſſe: in ſtrictis autem iudiciis non ineſſe: quia poteſtate iudicii non inſint, ſed tantum in iudicium nominatim deductæ. Unde rurſum evenit, ut non ſit neceſſe eas conteſtari initio in bonæ fidei iudiciis, quæ etſi non excipiatur, inſint tamen, ut ſupra oſtendimus. In ſtrictis autem iudiciis neceſſe ſit eas initio conteſtari; alioqui omiſſæ eo iudicio nihil proſint: & ita ius eſt pene diſerte traditum in *L. ſi quidem. L. præſcriptionem, C. de excep.* Ex quibus etiam intelligimus, quid in iudicio exercendo inter hæc interſit, ipſo iure quem ex his cauſſis non teneri, & non teneri per exceptionem: quæ in uſu iuris inter ſe opponuntur. *L. qui ſervum, §. 1. D. de obl. & act.* Qui ipſo iure tutus eſt, licet ei tuto in lite conteſtanda negare ullam eſſe obligationem contractam, aut ullo modo ſe teneri: adverſus quem si probetur poſtea aliquid ante geſtum eſſe, ex quo obligatio oritur, ſatis tamen tutus ſit, ſi referat ex adverſo ea interveniſſe, propter quæ eum ipſo iure eo iudicio tutum eſſe diximus, & ea interveniſſe doceat. Quem autem dicimus tutum eſſe per exceptionem, is in lite conteſtanda ita neceſſe habet de obligatione ſummo iure contracta confiteri, ut de ea confeſſus nihilominus exceptionem obiiciat, qua fiat, ut non debeat condemnari.

XXXVI. Illæ differentiæ inter hæc iudicia recipiendæ non ſunt, quas quidam putant, ut ſi res debita deterior facta ſit ab aliquo, quam a debitore, in bonæ fidei quidem iudiciis teneatur eo nomine, ſi poſt moram deterior facta ſit; in ſtrictis autem non niſi ex tempore litis conteſtatæ, *arg. L. 3. §. in hac, D. com.* item, ut ſi in bonæ fidei iudicio puta emptione, in materia diſſenſum ſit, veluti si æs venditum sit pro auro; nulla ſit emptio: *L. in venditionibus, §. ult.* & *L. ſeq. D. de cont. em.* in ſtipulatione contra ſi quis ſtipulatus ſit æs pro auro, teneat ſtipulatio eius corporis promiſſorem. *L. ſi id quod aurum, 22. D. de ver. obl.* Nam de mora ego didici, generale illud eſſe in omni obligatione, culpa, eoque & mora perpetuari obligationem, nec minus in ſtipulatione, quam in bonæ fidei iudiciis. *L. ſi ſervum, 91.* in pr. & *§. ſequitur, D. de verb. oblig.* Quod eam ſententiam habet, ut qualis quæque res fuit, quo tempore mora facta eſt, talis præſtari debeat, ut dicendum ſit, ſive perierit res poſtea, ſive deterior facta ſit, utroque nomine debitorem etiam ex ſtipulatione teneri. *L. nemo, 82. §. 1. D. de verb. obl.* Et ideo Ulpianus in condictione triticiaria, quod iudicium nequaquam bonæ fidei eſt, ſcripſit ſi res petita deterior facta ſit poſt moram, ad tempus moræ reducendam eſſe æſtimationem. *L. 3. D. de condict. trit.* Nec quem moverit, quod ſupra diximus ex contractu ſtricti iuris nihil amplius deberi, quam rem quæ promiſſa eſt. Ne nunc quidem id mutamus. Mora enim facit, ut quod de re poſt moram deceſſit, adhuc exſtare videatur, *d. L. nemo §. 1. de ver. ob.* Ita plane hac parte inter bonæ fidei iudicia & ſtricta nihil intereſt: de quo ſcripſi plura in commentario de mora, & ex profeſſo ad *d. L. 3. de condict. trit.* Quod attinet ad errorem contrahentium in materia, ſane hic aliter infirmat emptionem, aliter ſtipulationem: ſed differentiæ ratio non ex poteſtate horum iudiciorum eſt, ſed ex diſſenſu; qui in eo eſt, qui in materia errans rem certo pretio in materiam dicto emit: non eſt in ſtipulante, qui corpus certum ſtipulatur nullo pretio interveniente, quod pro ea præſtet; ut expoſui ad *d. L. ſi id quod aurum, de ver. obl.* Cum ſit via hæc & poteſtas horum judiciorum, iam puto intelligi, quam verum ſit illud, quod de uſu huius diviſionis propoſui; ex ea videlicet aſſequi nos, quid quantumve pro poteſtate horum iudiciorum petere & conſequi per iudicem liceret.

XXXVII. *Bonæ fidei ſunt hæ.* Hactenus tamen magis dictum eſt, quales ſint bonæ fidei, & ſtricti iuris actiones, quam quæ ſint. Diximus enim utraſque appellatas eſſe ab ea poteſtate judicandi, quæ in his judici data eſt; priores quidem dictas, in quibus libera hæc poteſtas data eſt ex bono & æquo iudicandi: ſtricti iuris contra, in quibus hæc poteſtas adſtricta & conventioni, & iudicii petitioni. Adiecimus, quid iſta poteſtas in utroque genere contineret: id eſt, in bonæ fidei judiciis quid tribueret libera, in ſtrictis quid detraheret adſtricta. Sed relinquitur adhuc hæc quæſtio, quæ ſint illæ actiones, in quibus hæc aut illa poteſtas tributa eſt iudici, id eſt, quæ ſint huius aut illius generis actiones. Id vero præſtat hoc loco, & §. *ſeq.* Iuſtinianus. Enumerat quidem ſolum actiones bonæ fidei. Sed ſi omnes huius generis, ut fa-

cere

ecere eum inter omnes convenit, hac enumeratione conſequitur, ut non minus intelligatur, quæ ſint ſtricti iuris. Omnibus enim comprehenſis, neceſſe eſt, quæ relinquuntur, bonæ fidei non eſſe. Hæ autem ex diviſione ſunt ſtricti iuris, niſi ſint ex genere earum, quas mox vocat arbitrarias. Quare hoc videamus, quæ ſint bonæ fidei. Et certas in hoc numero recenſet Inſtinianus ab hoc loco uſque ad §. *in bonæ*. Qua in enumeratione tria hæc nohis quærenda ſunt: Primum an ſint omnes bonæ fidei, quæ hic nominantur. Secundum, an ſolæ, ac præter has nullæ. Tertium, cur hæ potius, quam cæteræ. Quod quærimus, an omnes hic appellatæ ſint bonæ fidei, propter actionem depoſiti quærimus. Nam hæc non tantum in ſimplum eſt ex omnibus aliis cauſſis, quam hactenus bonæ fidei eſſe inter omnes convenit: ſed etiam in duplum de eo, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſſa depoſitum ſit. *L.* 1. §. 1. *D. depo.* Etiamne ergo ex his cauſſis bonæ fidei erit, ut fructus & uſuræ pecuniæ dupli ex mora accedant, ut ſit in bonæ fidei iudiciis? *L. mora*, §. *in bonæ*. *L. uſuræ*, *D. de uſur.* Et puto hactenus quoque eſſe bonæ fidei. Generaliter enim hic ſcriptum eſt depoſiti actionem bonæ fidei eſſe. Atqui ex ſuperioribus cauſſis depoſiti actio eſt, & quæ in duplum competit. Nec ad rem pertinet, quod duplum pœna eſt, magis ex maleficio conſtituta, quam negotio geſto. Non enim eo minus hæc pœna depoſiti actione petitur: nec minus depoſitum eſt, quanvis delictum in ea verſetur. *L. ex contractibus*, *D. de obl. & act.*

XXXVIII. Sed an ſolæ bonæ fidei, quæ hic enumerantur, ac præter has nullæ? quod ſecundo loco quærebamus. Quæſtio in eo eſt, utrum omnes hic enumerentur, qnæ ſunt bonæ fidei. Et probandum eſt, quod receptum eſt ſententia communi, propoſitum fuiſſe Iuſtiniano omnes hic enumerare: Ideo ſolas eas eſſe huius generis, quæ hic recenſentur, præterea nullas. Huius ſententiæ argumenta hæc ſunt non dubia. Primum in his actionibus proponendis non dicit, Bonæ fidei ſunt hæ: veluti ex empto, vendito, locato, conducto, & cæteræ, ut ſit, cum exempli cauſſa quaſdam proponere volumus, non omnes: ſed ἑξῆς, Bonæ fidei ſunt hæ: ex empto, vendito, & quæ ſequuntur: indicans ſe quæ ſint huius generis, profeſſo pronuntiare. Id quod ita eſſe certius ſtatuemus obſervato more huic ipſi uſitato, maxime ſub hoc titulo; qui cum vult rem non definire, ſed exemplis indicare, uti ſolet his particulis ſimilitudinis, ut, veluti: ut in §. *ſed iſtæ*, §. *in perſonam*, §. *rei perſequendæ*, *ſupra* §. *præterea*, *infra eod. tit.* Deinde ut ſciremus nullas eum omittere voluiſſe, etiam illas adiecit ſedulo, de quibus dubitatio erat; docens has quoque eſſe bonæ fidei, ut petitionem hereditatis, & actionem ex ſtipulatu quæ pro dote competit. Quod certe non faceret, niſi omnes quæ eſſent, vellet complecti. Exemplis enim cum rem demonſtrare volumus, non colligimus omnia: ſed paucis, & his certis tantum utimnr, contenti id quod dicitur, rebns notioribus indicare. Sed quod ad rem maxime pertinet, videndum eſt, quid agat, quove ſpectet hæc diviſio. Nempe ut oſtendat, quod diviſione expreſſum eſt; quaſdam eſſe actiones bonæ fidei, quaſdam ſtricti iuris. Atqui quæ ſint huius generis, ex his verbis nihilo magis intelligitur quam ſi nihil dixiſſet. Non ſatisfacit igitnr diviſioni propoſitæ, niſi quænam hæ ſint, ordine deinde aperit. Et hoc facere velle enim apparet, cum ſubiicit, Bonæ fidei ſunt hæ; ex empto, vendito, & cæteræ. Hoc vero conſequi qui velit, neceſſe eſt, quænam iſtæ ſint actiones, aut definitione generis explicet, aut ſingularum nnmero oſtendat. Exemplis enim quibuſdam res non demonſtratur: cum poſſint aliæ pleræque eſſe eiuſdem generis, quæ propterea non occurrunt. Definitio hic nulla eſt. Enumeratio igitnr sit, oportet, quæ ſequitur, earum actionum, quæ sint bonæ fidei, & quidem ita, ut hinc intelligatur, cæteras eſſe ſtricti iuris: de qno etiam genere propositum erat. Alioqui duo hæc maxima vitia in hac divisione ſequentur, quod nec de priore genere tantum dixerit, quantum ſatis eſt ad actiones eius generis cognoſcendas, & de poſteriore nihil omnino dixerit.

XXXIX. Actiones tamen hic enumeratas cum ſolas bonæ fidei eſſe dicimns, sic accipi debet, ut contineantur non tantum directæ, quæ opponuntur contrariis, ut mandati, commodati, depoſiti: ſed etiam ex iiſdem cauſſis contrariæ. *L.* 5. in pr. *D. de ob. & act.* Nam & contrariæ ſimiliter mandati, commodati, depoſiti actiones dicuntur. §. *ex quibuſdam*, *infra de pæ. tem. lit.*

XL. Nec minus utilis ex iiſdem cauſſis continetnr: puta, negotiorum geſtorum adverſus curatorem: *L.* 3. *C. de tranſ.* quæ tamen dicitur negotiorum geſtorum utilis. *L. curatores*, *C. de neg. geſt.*

geſt. Sed ſi in lege vel huius vel illius actionis appellatione continetur directa, quæ ex verbis ipſis legis eſt; non minus ex eadem lege intelligetur actio utilis, quæ ſit eiuſdem nominis: quoniam utilis eſt ex legis ſententia: *§. ult. Inſt. de leg. Aquil.* Verbum autem ex legibus non minus accipitur ex legum ſententia, quam ex verbis. *L. nominis, §. 1. D. de verb. ſignif.*

XLI. Qua ratione & protutelæ actionem, & bonorum poſſeſſoriam hereditatis petitionem, & petitionem hereditatis fideicommiſſariam recte bonæ fidei actiones eſſe dicemus. Certe protutelæ actioni eadem tribuuntur, quæ tutelæ. *L. 1. §. in protutelæ. L. pen. D. de eo qui pro tut. neg. geſt.* Poſterioribus autem petitionibus eadem, quæ petitioni hereditatis directæ *L. ult. D. de bo. poſ. her. pet. L. 1. L. 2. D. de fid. her. pet.* Neque hoc præter enumerationem huius loci, quaſi hic ſint prætermiſſæ, enumerantur enim inter bonæ fidei iudicia actio tutelæ, & petitio hereditatis. At protutelæ actio eſt actio tutelæ utilis ex eadem æquitate & utilitate comparata. *L. 1. in pr. D. de eo qui pro tut.* Petitiones autem hereditatis bonorum poſſeſſoria, & fideicommiſſaria, nihil aliud, quam hereditatis petitiones utiles; quippe de bonorum poſſeſſione & fideicommiſſo hereditatis: quæ duo iure prætorio & ſenatuſconſultis pro hereditate habentur. *L. 1. L. 3. D. de bo. poſ. L. 1. D. ad Treb.*

XLII. Hoc amplius & quem contractum olim eſſe conſtitit unum ex iis, qui hic enumerantur, etſi incertum eſſet, quis proprie & peculiariter; eum ſciemus etiam nunc in eodem numero haberi debere, etſi forte certam definitionem poſtea, & pleniorem acceperit ex conſtitutionibus, neque hic novo nomine ſuo appelletur. Qualem bene iudicavit Connanus contractum emphyteuticum. Hunc conſtitit inter veteres aut emptionem eſſe & venditionem, aut locationem & conductionem, etſi utrum eſſet, dubitabatur. *§. adeo, Inſt. de em. & vend.* Sed utrumvis horum eſſet, ſententiæ huc concurrebant, ut eſſet bonæ fidei, & ex his qui hic nominantur. Poſtea Zeno voluit contractum eſſe ab utroque illo ſeparatum, & conceptionem definitionemque habere propriam *L. 1. C. de iur. empt.* Non ideo hoc efficiet, ut iam non putetur bonæ fidei, quia hic iam appelletur contractus emphyteuticus. Sic enim Zeno novam vim huic contractui dedit, non ut minueret veterem, ſed ut eam retinens etiam augeret.

XLIII. Cæterum extra has nullæ bonæ fidei. Et breviter ſic enumeratio huius loci accipietur, ut quæ non ſunt in hoc numero vel ex verbis, vel ex ſententia legis, bonæ fidei non habeantur: omninoque hic vere licet uſurpare, quod Modeſtinus in una ſpecie donationis ſcripſit, ideo cæteras bonæ fidei actionum iure non uti, quia in bonæ fidei contractibus non deputentur. *L. eum qui, D. de donat.* Hoc enim, quia in hoc genere aliqua non deputetur, ſic recte hic accipiemus, quia non deputetur hoc loco, ubi ex profeſſo enumerantur, quæ ſunt huius generis. Atque hinc factum, ut ſimul intellectum ſit cæteros eſſe ſtricti iuris. Hinc illæ certo iure ſtricti iuris habitæ; ex ſtipulatu; ex teſtamento; *L. in actionibus*, verſ. *plane.* iuncta *L. alias. ſeq. D. de in lit. iur.* ex donationis cauſſa. *d. L. eum qui. D. de don.* condictio indebiti. *L. 1. C. de caud. ind.* & reliquæ condictiones; item actiones pœnales ex maleficiis, & ſimiles; & generaliter omnes, quæ hic non appellantur, ne neceſſe ſit omnes ſpecies perſequi. Non alio argumento certiore videlicet, quam quod hic non enumerantur.

XLIV. De quibuſdam tamen dubitatum, quas conſtet nec directas eſſe eas quæ hic appellentur, neque utiles. Dubitatum autem ideo, quia quædam ſunt ſimiles iis, quæ hic commemorantur: quædam etiam ex bona fide, aut bono & æquo eſſe dicuntur. Prioris generis duæ, actio de precario, & finium regundorum. Poſterioris hæ, condictio ſine cauſſa, actio funeraria, actio iniuriarum, actio de ſepulcro violato, actio adverſus iudicem, qui male iudicavit. Precarium dicitur ſimile eſſe commodato in *L. 1. D. de prec.* cur non igitur precarium bonæ fidei, ut commodatum? Quid, quod etiam dicitur actio præſcriptis verbis de precario oriri ex bona fide in *L. 2. D. eod.?* Actio finium regundorum adeo ſimilis actioni familiæ erciſcundæ, & communi dividundo, ut ubique tria hæc iudicia coniunctim numerentur, ubique inter ſe comparentur. *L. in tribus, D. de iud. L. 2. §. 1. D. com. divi. §. quædam, ſupra hoc tit. §. ſi familiæ*, & duobus ſeqq. *infra de off. iud.* Cur non ergo actio finium regundorum item bonæ fidei, ut familiæ erciſcundæ, & communi dividundo?

XLV. De poſterioribus ita legimus. Condictio ſine cauſſa, eoque & indebiti dicitur ex bono & æquo introducta in *L. pen. D. de con. ind.* Funeraria actio

ex

ex bono & æquo oriri, in *L. & ſi quis*, *§. hæc actio*, *D. de relig.* Iniuriarum actio ex bono & æquo eſſe in *L. non ſolum*, *§. 1. D. de iniur.* Actio de ſepulcro violato in id, quanti ob ſepulcrum violatum æquum videbitur. *L.* 3. in pr. *D. de ſep. viol.* Unde & dicitur in bonum & æquum concepta in *L. pen. D. eod.* Actio in factum adverſus iudicem, qui male iudicavit, ſimiliter in quantum de ea re æquum religioni iudicantis videbitur. *L. ult. D. de ext. cogni.* Quid ni igitur & hæ dicantur bonæ fidei, in quibus res geritur ex bona fide, atque æquo & bono, ut in his quas bonæ fidei dicimus? *§. in bonæ, infra.* Sed ſi recte ſtatuimus, quæ hoc loco in bonæ fidei actionibus non deputantur, eas bonæ fidei non eſſe: non ſunt eæ quas dixi, bonæ fidei.

XLVI. Exemplo eſt inter cæteras actio de precario, & condictio indebiti: quarum in priore fructus præſtantur tantum a tempore litis conteſtatæ; *L. quæſitum §. ex hoc, D. de prec.* in poſteriore uſuræ pecuniæ indebitæ non veniunt ne poſt litem quidem conteſtatam. *L. 1. C. de con. ind.* quorum tamen utrumque contra fit in bonæ fidei iudiciis, ut ante diximus. Nec nos moverit ſimilitudo ſuperior iſtarum actionum, aut æquitas. Nam nec priores ſimiles ſunt in eo, de quo agitur: & in poſterioribus quod fit ex bona fide, non eſt id, ex quo bonæ fidei actiones appellantur. Precarium ſimile eſt commodato; ſed in eo, quod utrumque petenti utendum datur. *L. 1. D. de prec. L. 1. D. com.* Illud diſſimile, quod ad iſta genera in hac re diſtinguenda pertinet, quod in commodato non ſolum accipientis, ſed etiam dantis negotium geritur, dum id agitur, ut qui accipit, rem commodatam curet, ut bonus & diligens paterfamilias faceret; alioqui culpæ & negligentiæ omnis nomine teneatur. Precarium autem magis ad donationes & beneficii cauſſam, quam ad negotii contracti ſpeciem ſpectat, ut eſt in *L. interdictum, D. de prec.* Unde etiam placet eum, qui precario rogavit, culpam in precario non præſtare, ſed ſolum dolum, & culpam dolo proximam: aliter atque in commodato, in quo is qui commodatum ſuſcepit, non tantum dolum, ſed etiam culpam præſtat. Neque id alia de cauſſa, quam quod totum precarium ex liberalitate deſcendat eius, qui precario conceſſit: hæc Ulpianus in *L. quæſitum, §. eam quoque, D. de prec.* Atque hinc præcipua cauſſa, cur precarium non ſit contractus bonæ fidei: quoniam huius generis notam in contractu hanc eſſe volumus, ſi negotium mutuum inter aliquos geratur, ut poſtea dicetur.

XLVII. De finium regundorum actione idem iudicandum eſt. Hoc quidem iudicium duplex eſt, & hactenus ſimile familiæ erciſcundæ, & communi dividundo iudiciis. Sed in eo diſſimile, quod cauſſam bonæ fidei iudicii continet, quod in illis familiæ erciſcundæ, & communi dividundo negotium mutuum & commune inter coheredes & ſocios geritur. In finium regundorum iudicio ſolus ſibi rem gerit, qui convenitur, dum partem aliquam ultra conſtitutos fines ſibi occupat, ſoli, inquam, ſibi, non vicinó.

XLVIII. Quod attinet ad eas, quæ dicuntur ex æquo & bono oriri, aut eſſe introductæ, facile iudicium eſt, non ideo eas bonæ fidei exiſtimari debere. Non enim bonæ fidei actiones ideo ullæ dicuntur, quia initium eas conſtituendi, & cauſſa ſit ex bona fide: ſed quia, ut ſupra dixi, in his omnia diiudicantur ex bona fide, non tantum quæ præſtanda non ſunt, ſed etiam quæ ſunt præſtanda; ut ſi quid æquum ſit, & uſitatum præſtari, id præſtetur etiam ſine conventione. Quod non fit in iſtis actionibus, quas ex æquo & bono eſſe diximus. Nam in condictione indebitæ pecuniæ non accedunt uſuræ ex mora, ac ne ex lite quidem conteſtata, *d. L. 1. C. de cond. ind.* Funeraria actio certa ſummam edicto præfinitam habet, quam perſequatur, nempe quod funeris cauſſa ſumptus factum erit: nihil amplius. *L. ſi quis*, 12. *§. prætor*, *D. de relig.* Sic & iniuriarum actio nihil niſi pœnam certam conſtitutam edicto, iniuriæ ſcilicet æſtimationem, *§. pœna*, *Inſt. de iniur.* Quod autem actio de ſepulcro violato, & actio adverſus iudicem, qui male iudicavit, dicuntur eſſe in id, ut condemnetur reus, quantum ob eas res æquum videbitur: non ſignificat omnia quæ æquum ſit alias præſtari, venire in has actiones; ſed ſolum facti ipſius æſtimationem: & eam quidem, non quæ ab initio ſit certa, ſed quam iudex in ſententia dixerit: ut hic in præteritum tempus neque fructuum, neque uſurarum pecuniæ quæſtioni locus eſſe poſſit ex bona fide. Sed & quod ad omnes iſtas in commune pertinet, nullum in his negotium geritur mutuum, ſed tantum res agitur actoris, qui reo viciſſim in his iudiciis præſtare nihil debet. At ita ſunt bonæ fidei actiones, ut ſint fere de mutuo negotio, & obligationem mutuam habente (quam recte, de eo iam dicemus) certe ſunt eiuſmodi, ut in his iu-

dex

Digitized by Google

dex æſtimare debeat, quid alterum alteri præſtare oporteat ex æquo & bono. *§. in bonæ, infra L. 5.* in pr. *D. obl. & act.*

XLIX. Deinceps ergo, quod tertium propoſitum erat, videamus, cur hæ potiſſimum habitæ ſint bonæ fidei, quæ hic enumerantur, cæteræ non item. Et Ciceronem animadverto *lib. 3. Offic.* cum iudicia poſuiſſet quædam bonæ fidei, ſubiicere hæc verba: *quibus vitæ ſocietas continetur*. Eius autem verba hæc ſunt: *fideique nomen exiſtimabat* (Scævola) *manare latiſſime, idque verſari in tutelis, ſocietatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, locatis conductis, quibus vitæ ſocietas continetur*. Quibus verbis videtur reddidiſſe rationem, cur in his maxime rem ex bona fide geri, iudicarique placeret: ſcilicet quia ſine his ſocietas humani generis ſtare non poſſet. Etenim ſi attendatur, reperientur omnes eſſe contractus eius generis, qui verſentur in commutatione rerum officiorumque, qua hæc vita carere non poteſt. Quæ & ratio a pleriſque doctis viris reddita eſt. Sed videndum, ne non ſit hæc ſatis. Qui minus enim ad vitæ ſocietatem pertinet mutuum, precarium, donatio? quibus indigentia noſtra ſublevatur, fortaſſe etiam magis quam commodato. Quid ſtipulatio, ut ius eſt de pactionibus conſtitutum? Ita neceſſaria, ut cum conventionibus abundet hæc vita, quas inter homines ratas eſſe hominum interſit, ea civilis hæc & quotidiana vita carere non poſſit: quæ una ad firmandas hominum inter ipſos conventiones iure civili inventa eſt. Ac cum inter bonæ fidei iudicia etiam petitio hereditatis numeretur: qui minus illa iudicia videri poſſunt ad vitam neceſſaria, quibus res alias noſtras, quæ apud alios ſint ſine cauſſa, condicimus, aut quibus res noſtras vindicamus, item cætera quæ ſunt de damno dato, & omni eo, quod nobis abeſt, perſequendo? Haud ſcio igitur, an rectiſſime dixerimus, quod Hotomanus noſter animadvertit in hunc locum, ideo eas actiones quæ hic recenſentur, potius bonæ fidei eſſe habitas, quam cæteras; quia in omnibus excepta una petitione hereditatis, reperietur mutuum negotium geri inter aliquos, ex quo ſic unus aliquid præſtet alteri, ut huic viciſſim obligetur alter. Id quidem in emptione venditione, locatione conductione, ſocietate, permutatione, præſcriptis verbis actione quæ de æſtimato proponitur, quando hic negotium ad venditionem aut locationem accedit, perſpicuum eſt. Ne id quidem obſcurum in iis contractibus, ex quibus mutuæ illæ ſunt actiones; directa, & contraria, cuius generis ſunt commodati, depoſiti, pigneraticia, mandati tutelæ, negotiorum geſtorum. In dote quoque ut maritus obligatur mulieri, ut dotem ſoluto matrimonio reddat; ita vice mutua mulier, ut impenſas quæ ad perpetuam rei utilitatem factæ ſunt, rependat. Sed & in hoc, ut dotem eſſe præſtet. Quorſum ergo hæc mutua in his præſtatio ad omnia ab utroque ex bona fide exigenda? Non utique ſolum, quia ſit ex re utriuſque contrahentium: dici enim poteſt multa eſſe in rem utriuſque in contractu, quæ tamen non ideo debeant præſtari: ſed quia in huiuſmodi negotiis ita eſt ex eorum inter quos res agitur, communi voto omnia ex bona fide præſtari, ut ſit etiam ex naturæ regula hoc ipſum recte exigi ab adverſario: Nam ſi ſingulos cogitamus, ſic omnes in omni negotio etiam non mutuæ obligationis affecti eſſe intelliguntur, ut cupiant eos, cum quibus rem habent, ſe adverſus ſe quam optima fide gerere, omnia ſibi præſtare bona fide, ſine dolo malo, ſine fruſtratione: & denique ut inter bonos bene agier oportet, ut erat vetus fiduciæ formula. Sed non ut quiſque id ſibi præſtari vult, ita continuo ſine conventione recte exigat ab adverſario, niſi hoc ipſum æquum ſit recte ab illo exigi. Atqui hæc æquitas evidens eſt in negotiis iſtis mutuæ præſtationis & obligationis. Nam & adverſarius ipſe, qui eodem modo pro ſe affectus eſt, eadem illa ſibi quoque præſtari poſtulat, & exſpectat ab altero, quæ ſupra dixi. Nihil æquius, quam quod ſibi ipſe præſtari vult, eadem & ipſum in eadem cauſſa eidem illi præſtare. Eſtque hoc ex æquitate naturæ manifeſta, expreſſum edicto prætoris in hæc verba, *Quod quiſquis iuris in alium ſtatuerit, ut ipſe eodem iure utatur. L. 1. D. quod quiſ. iur.* Quod ſi hoc commune votum eſt utriuſque, iam apparet ut res ita geratur, recte invicem inter ipſos & deſiderari, & admitti.

L. Ad hoc confirmandum quod certius argumentum afferre poſſumus, quam quod omnia iudicia earum rerum, in quibus negotium non geritur utrimque, bonæ fidei non eſſe reperiuntur? Si quod eſt negotium, si contractus, in quo merito videatur creditor poſſe a debitore omnia in eo præſtando quod debetur, ex fide bona exigere; eſt mutuum; præſertim ſi eſt gratuitum. Id enim a liberalitate & officio proficiſcitur non minus, quam commodatum, ac plus etiam transfert in accipien-

cipientem. Nec vero quidquam turpius, quam cum beneficium acceperis, non quantum poſſis, optima fide reddere. Id tamen iudicium bonæ fidei non eſt. Si moram, exempli gratia, in pecunia præſtanda feceris, non ideo uſuras citra ſtipulationem debebis. *L.* 3. *C. de uſur.* Cur tandem hoc tam diſſimiliter a commodato, in cauſſa, ut videtur, tam pari, aut etiam majori? Quia nihil erat ſcilicet in mutuo, quod viciſſim præſtandum eſſet debitori, in quo cum debitor a creditore bonam fidem ſibi præſtari vellet, hanc eandem creditor vice mutua recte ab illo exigeret ut pro ipſius ſententia & voluntate. Hac de cauſſa ex ſtipulatu actio, qua promiſſor tantum tenetur, ſtricti iudicii eſt. *d. L. in actionibus*, in fin. & *L. alias*, *ſeq. de in lit. iur.* Ex teſtamento adeo actio in eadem cauſſa. *d. L. alias*, *eod.* Eiuſdem generis condictiones omnes, etiam quæ naturalem repetitionem habent, qualis indebiti. *d. L.* 1. *C. de cond. ind.* De pœnalibus actionibus, quæ naſcuntur ex maleficiis, non dubitatur. Quippe omnes eiuſmodi, in quibus unus obligetur: quem cum dicere non poſſimus bonam fidem ſibi præſtari velle a creditore, cum ei a creditore nihil debeatur; non eſt etiam, quod pro ipſius voto poſſit hæc ipſa bona fides ab eo exigi.

LI. An vero quod dicimus, ex finium regundorum actione non aperte intelligitur? Hæc inter bonæ fidei iudicia non numeratur hoc loco. At familiæ erciſcundæ actio numeratur, item communi dividundo. Hæc vero iuſtiſſima cauſſa erat, ſi nihil aliud obſtaret, cur adiiceretur & finium regundorum. Sunt enim hæc iudicia tria cæteris omnibus in rebus eiuſdem poteſtatis, &, ut dixi, ubique inter ſe comparantur; quamobrem & ubique coniungi ſolent. Mixta ſunt tam in rem, quam in perſonam. *§. præterea*, *ſupra eod. tit.* Duplicia ſunt, *d. L. in tribus*, *D. de iud. d. L.* 2. *§* 1. *com. divi.* id eſt, eiuſmodi, in quibus uterque actor eſt & reus. *L. iudicium communi*, *D. fin. reg.* Si hæc cæteris rebus ſimilia, quid cauſſæ eſt, ſi familiæ erciſcundæ iudicium, & communi dividundo bonæ fidei ſunt, quin ſit & finium regundorum actio? Omnino nihil relinquitur aliud, quam quod familiæ erciſcundæ iudicium & communi dividundo ex negotio communi geſto tanquam ex ſocietate naſcantur: ubi unus ex coheredibus, aut ſociis rei communis non tantum obligatur alteri, ſed etiam unus & negotium ſuum gerit, & ſocii. In finium regundorum iudicio contra. Qui enim amplius poſſidet, quam patiuntur fines, de quibus regundis agitur, is poſſidet tanquam ſuum, non tanquam commune: rem ſibi gerit, non vicino. Quod ſi qua in re perſonalis actio eſt in ea ſpecie, magis ex maleficio aut quaſi maleficio actio eſt propter deiectos aut perturbatos fines, quam ex contractu. Unde in *§. item ſi inter*, *ſupra de obl. quæ ex quaſ. contr. naſ.* cum de his actionibus ageret Iuſtinianus, communi dividundo & familiæ erciſcundæ actiones ſicut & negotiorum geſtorum actionem ex quaſi contractu oriri dixit, finium regundorum prætermiſit.

LII. Sed unum genus nobis obſtat, petitio hereditatis, quæ cum numeretur hoc loco inter iudicia bonæ fidei, mutuum tamen negotium nullum habet, ex quo petitor poſſeſſori obligetur, aut quid præſtare debeat. Nos videamus, ne quod de hac ſpecie ſcribit hoc loco Iuſtinianus, multo certius confirmet ſuperiorem ſententiam. Ait enim uſque ad ſua tempora incertum fuiſſe, an inter bonæ fidei iudicia connumeranda hereditatis petitio eſſet, an non: ſe autem ut bonæ fidei eſſet, conſtituiſſe, ex *L. ult.* in fin. *C. de pet. hered.* Quid ergo fuit, cur hoc dubitaretur apud veteres? Nempe hoc ipſum, quod nunc obiicitur, quod inter heredem, & poſſeſſorem hereditatis nullum negotium mutuum gereretur, unde alter alteri eſſet obligatus: quæ tamen nota fuit actionum huius generis. Aut quæro, quæ in tantæ auctoritatis & tanti momenti iudicio alia iuſta cauſſa huius dubitationis afferri potuerit. Dixerit aliquis, poſtquam obtinuit, ut hæc bonæ fidei actio eſſet; nunc ſaltem eo rem rediiſſe, ut poſſit actio eſſe bonæ fidei, quæ nullum negotium & obligationem mutuam habeat. Sed hoc in petitione hereditatis tantum receptum eſſe animadvertendum eſt. Hæc non mutat regulam & notam ſuperiorem, ſed confirmat. Excipitur enim hæc una ex omnibus. Excipiendi ratio non una. Mitto, quod res magna in eo iudicio verſatur: nempe hereditas: de qua & centum virali iudicio apud Romanos agebatur: ea iudicii auctoritate, ut nihil in præiudicium eius fieri debeat. *L. Divus*, in fin. *D. de her. pet. L. ult. C. eod.* Hoc, inquam, mitto; quia fortaſſe parum ad id, de quo nunc quæritur. Erant enim & alia permulta, de quibus agebatur centumviralibus iudiciis, quæ non eo magis erant bonæ fidei de quibus Budæus in *annotat. ad Pandectas*. Illud præcipue ad rem pertinet, & ad ſuperio-

rum

Digitized by Google

rum negotiorum naturam proxime accedir, quod univerſitas rerum quæ hereditate continebatur, fecit, ut hereditatis adminiſtratio committeretur poſſeſſoribus, eaque fidelis & diligens. Quæ res etiam ad heredem qui agit, pertinet: ut hic res a negotiorum geſtione non multum abeſſe videatur: atque ita fiat, ut quemadmodum in hac adminiſtratione ſi quid impenderit, geſſerit, cupiat eius ex bona fide rationem haberi; viciſſim quoque hanc ipſam bonam fidem petitor ab eo recte exigat. Hinc impendendi & errandi neceſſitas poſſeſſori iniuncta: ac de impenſis, & pretiis rerum venditarum ex bona fide tanquam ex negotio geſto ius diei cœptum. *L. plane, D. de her. pet.* Hinc tanquam in negotiorum alienorum adminiſtratione præſtationes perſonales hic conſtituuntur, & hæ mutuæ. Nam & poſſeſſor de pretiis rerum hereditariarum, deque iis quæ a debitoribus exegit, genere quodam perſonalis actionis tenetur. *L. ſed etſi, §. petitio, D. de her. pet.* & ſi quæ res hereditatis cauſſa emptæ ſunt, quanvis pecunia poſſeſſoris, ut eas reddere debet, ſic petitor pretium reſtituere cogitur. *L. item veniunt*, in pr. *D. de her. pet.*

Fuerat antea.

§. XX.

Ex ſtipulatu actio de dote repetenda cur ſola data mulieri a Iuſtiniano, vetere actione rei uxoriæ ſublata. I. *Singularia huius actionis.* II. *Mulierem in cauſſa dotis non præferri ex privilegio creditoribus expreſſam conventione hypothecam habentibus.* III.

Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei iudiciis: ſed cum pleniorem eſſe ex ſtipulatu actionem invenientes, omne ius, quod res uxoria antea habebat, cum multis diviſionibus in actionem ex ſtipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione ſublata, ex ſtipulatu actio, quæ pro ea introducta eſt, naturam bonæ fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei ſit. Sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cum ipſa mulier de dote ſua experiatur, cuius ſolius providentia hoc induximus.

I. DE dote repetenda fuerat olim actio uxori, quæ rei uxoriæ appellabatur. Actio bonæ fidei citra controverſiam: ut in cuius iudicii formula uſurparentur hæc verba, *Quod æquius melius, indicato.* Teſtis Cic. *Lib. 3. Offic.* formulæ veſtigium exſtat in *L. pen. §. ult. D. ſol. mat.* Cum multis in rebus plenior eſſet actio ex ſtipulatu ad dotem repetendam, ubi mulier dotem ſibi reddi ſtipulata erat, ut indicat Iuſtinianus in *L. uni, §. ſciendum, §. maneat, §. cum autem, & alibi, C. de rei uxor. act.* idcirco viſum eſt ei unam hanc actionem ex ſtipulatu ut pleniſſimam & certiſſimam ad dotis repetitionem mulieri dare. Quod fecit in *d. L. unic. ſtatim a prin.* Sed quoniam neque ſemper intervenit ſtipulatio in dote danda, ut dici poſſit actio ex ſtipulatione eſſe, ubi ſtipulatio nulla eſt; & præterea nonnulla erant in rei uxoriæ actione pleniora, in utraque etiam quædam non videbantur ſufficere: his incommodis occurrit Iuſtinianus; & de ſtipulatione ita cavit, ut vellet eam ſemper pro interpoſita haberi; quæ autem erant alterius actionis, ad hanc tranſtulit, & de hypotheca adiecit; ne quid hic deeſſet mulieri ad omnem cautionem.

II. Atque in ſumma ad eam rem circa hanc actionem quatuor hæc fere ſingularia conſtituit, quæ hic breviter complectitur. *Primum*, ut quanvis mulier dotem ſibi reddi ſtipulata non ſit, aut ſtipulata ſit inutiliter, nihilominus ſit ei propoſita ex ſtipulatu actio, quaſi ſtipulatio utiliter interveniſſet. *d. L. unic. §. 1. Secundum*, ut ex ſtipulatu actio, quæ in cæteris cauſſis ſtricti iudicii eſt, *L. 5.* in fi. & *L. alias*, ſeq. *D. de in lit. iur.* in hac

hac repetitione dotis ſit bonæ fidei. *d. L. unica, §. ſed etſi non ignoramus. Tertium*, ut habeat hæc actio adiunctam hypothecam bonorum omnium mariti. *d. L. unica. §. 1. Quartum*; ut in hac ipſa hypotheca mulier; ipſa, inquam, ſola, non heredes eius, omnibus aliis creditoribus anteponatur, quanvis tempore prioribus, ſeu hypothecam tempore antiquiorem habentibus: hoc ille in *L. ult. C. qui pot. in pig. hab.* Ac priora tria, & ſi quid eſt amplius, quod ad naturam huius actionis pertineat, facile ſumeatur *ex d. L. unica, de rei uxo. act.* Quartum habet dubitationem, quæ hic monitorem ſaltem deſiderat, velitne Iuſtinianus mulierem omnibus creditoribus in hypotheca præferri, non tacitam tantum, ſed etiam expreſſam hypothecam habentibus.

III. Et verius eſt, quod & magis vulgo probatur, conſtitutionem Iuſtiniani accipiendam de iis creditoribus, qui antiquiorem quidem hypothecam habent, ſed conſtitutam lege & privilegio; non autem eam, de qua creditores ſibi ipſis aperta conventione caverint. Primum id ſatis ſignificatur verbis conſtitutionis, cum vult mulierem præferri creditoribus prioris temporis privilegio vallatis. Non eſt enim privilegium, niſi in eo quod lege tribuitur ſine conventione. Tum autem nulla iuris aut æquitatis ratio patitur, ut actio creditoribus ipſorum opera, & cautione ſemel quæſita, bis adimatur. Id fieri poſſe negant veteres. *L. ult. D. de pact. L. habere, D. de evict.* Repugnant præcepta iuris, quæ vetant alterum lædere, ſuum cuiquam mortalium detrahere. *L. iuſtitia, D. de iuſt. & iur. L. 2. D. de his qui ſunt ſui vel al. iur.* Reclamat præclarum dictum Scævolæ in *L. pen. in fi. D. quæ in frau. cred. Vigilavi*, inquit; *meliorem meam conditionem feci: ius vigilantibus ſcriptum eſt;* ubi negat quod iſta vigilantia creditoris illi partum ſit, ei adimendum. Nihil ad rem pertinet, ſi dicatur id minus iniquum videri debere, aut quanvis iniquum ſit, non eo minus tamen uxori tribuendum eſſe, quia lege Iuſtiniani cautum ſit. Prius enim de eo, an cautum ſit, liquere debet. Quod niſi apertis verbis id expreſſum fuerit, hoc tenebimus nulli unquam privilegium tam iniquum ulla lege tributum videri debere; quia beneficia in cuiuſquam iniuriam legibus & conſtitutionibus tribui non ſolent, ut diſerte ſcriptum eſt *L. nec avus, C. de emancip. lib.* Plura ſcripſi in hanc ſententiam ut in loco ad *d. L. ult. C. qui pot. in pig. hab.*

In bonæ fidei.

§. XXI.

Bonæ fidei actionum naturam cur hic obiter perſtrinxerit, non expoſuerit. I.

Compenſatio argumentum huius §. *& cur hoc de compenſatione, & cur de ſola, cum ſint alia innumera propria actionum bonæ fidei.* II.

Compenſatio quid, III. XIV.

De Compenſatione iuris ſumma: & quodnam hic fuerit ius vetus: tum quid ſit hanc fieri ipſo iure aut per exceptionem. IV.

Compenſationi locum fuiſſe in ſtrictis iudiciis per exceptionem ex reſcripto D. Marci, & tamen eandem etiam ante Iuſtinianum admiſſam olim ipſo iure: neque hoc negare Iuſtinianum ſua conſtitutione. V.

De Compenſatione ſumma legis Iuſtiniani, & ſolum inductam ab eo compenſationem ipſo iure in actionibus in rem. VI.

Compenſationem admitti ipſo iure ſolum ex cauſſa liquida, idque in actionibus omnibus, & quam hoc ius novum, & inducendi cauſſa. VII.

Compenſationis cauſſa liquida, quæ, & quod ius apertum, quo compenſatio nititur. VIII.

Compenſationis exceptio ſi obiicitur initio litis, admittetur eius cognitio quandoque, quanvis cauſſa eius non ſit ullo modo liquida. IX.

Compenſationem ceſſare in actione depoſiti, & de rebus vi occupatis, & cur: ſed in his ſolis duabus, non etiam in commodati. X.

Compenſationi non ſemper locum eſſe, neque hoc contrarium eſſe Iuſtiniani conſtitutioni. XI.

Compenſatio adverſus quos, & quibus in cauſſis locum non habeat. XII.

Compenſatio ſolum in pecunia & quantitate utrinque debita; idque vi ipſa verbi effici. XIII. XIV.

In bonæ fidei iudiciis libera poteſtas permitti videtur iudici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. In quo & illud continetur, ut ſi quid invicem præſtare actorem oporteat, eo compenſato, in reliquum is, cum quo actum eſt, debeat condemnari. Sed & in ſtricti iuris iudiciis ex reſcripto divi Marci oppoſita doli mali exceptione, compenſatio inducebatur. Sed noſtra conſtitutio eaſdem compenſationes, quæ iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipſo iure minuant, ſive in rem, ſive in perſonam, ſive alias quaſcunque: excepta ſola depoſiti actione, cui aliquid compenſationis nomine opponi, ſane iniquum eſſe credimus: ne ſub prætextu compenſationis, depoſitarum rerum quis exactione defraudetur.

I. QUid ſit proprium actionum bonæ fidei, quo diſtinguantur a cæteris, initio definit. *In bonæ fidei iudiciis*, inquit, *libera poteſtas permittitur iudici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat*. Sed non progreditur longius in huius definitionis explicatione. Atqui hoc totum tam non intelligitur, quam ſi dictum non eſſet, niſi explicatur, qnid ſit hoc ex æquo & bono; cur ex bona fide, quod ex æquo & bono; quid contineat tribuatve iſta poteſtas libera in bonæ fidei iudiciis; quid contraria in ſtrictis iudiciis deneget. Quæ cum tantopere ad hunc locum pertinerent, ideo quantum neceſſe videbatur, initio exponere conati ſumus. Iuſtinianus antem hic omiſit. Qnod quidem factum videri poteſt admodum vitioſe. Hanc enim explicationem duæ res flagitare hoc loco videbantnr. Primum ipſa per ſe natura earum actionum de quibus agitur, quæ niſi ſuperioribus rebus ſaltem leviter expoſitis, cognoſci non poteſt. Tum multo magis definitio ſuperior initio ab ipſo poſita. Poterat enim hæc omitti, ut quis diceret Iuſtinianum hoc titulo contentum fuiſſe genera ipſa actionum illarnm indicare.

care. Nunc cum ipſe eam definitionem poſuerit naturæ actionum, ut videtur, explicandæ cauſſa, non potuit ſine vitio neceſſariam eius definitionis explicationem omittere. Cur enim poſuit ſi docere nolebat; ſi volebat, cur rem æque incertam & inexplicatam reliquit? Hoc eſt igitur quod puto hic quærendum initio, cur Iuſtinianus aut non explicarit hoc loco, quod proprium erat naturæ actionum bonæ fidei, aut ſi explicare viſum non erat, cur definitionem ad eam rem pertinentem poſuerit initio ſine fructu. Et animadverſo propoſito eius cum in toto hoc titulo, tum hoc loco, recte defenditur utrumque ſuperius. Non explicavit diligentius, quid proprium eſſet actionum bonæ fidei, & quid poteſtas iudicis libera tribueret vel iudici vel actori, aut non tribueret: fecit id ex inſtituto ſuo perpetuo brevitati Inſtitutionum conveniente, quo illi, in hoc titulo præſertim, propoſitum eſt genera ipſa actionum breviter ac prope nude indicare; quæ autem ad naturam cuiuſque pertinentia latius patent, ea omittere, & reiicere ad latiores libros Pandectarum. Qua brevitate illum uſum eſſe in omnibus generibus, ex unaquaque diviſione, ſi quis attendet, facile agnoſcet. Quam porro late pateat ſuperiorum rerum explicatio, ſatis intellectum eſt ex iis, quæ ſupra de hac parte diximus. Quod autem nihilominus definitionem ſuperiorem ad eam rem pertinentem poſuit hoc loco, & tamen inexplicatam reliquit; feciſſet vitioſe, ſi inſtituiſſet hac definitione naturam actionum bonæ fidei explicare.

II. Sed obſervandum eſt unum hoc illi propoſitum eſſe hoc loco, agere de compenſatione, neque id quovis modo, ſed removere differentiam compenſationis, quæ olim erat, vel eſſe quibuſdam putabatur inter actiones bonæ fidei, & ſtricti iuris. Et quoniam inducebatur ea differentia ex hac cauſſa, quod in bonæ fidei judiciis libera poteſtas permitteretur iudici admittendi omnia, quæ eſſent ex æquo & bono; ideo huius differentiæ cauſſam indicaturus ſat habuit id ponere, quod ad propoſitum ſufficiebat: & vero intempeſtivum erat longius progredi. Sed ex hac re incidit locus in alias reprehenſiones. Quid enim compenſatio ad hunc locum, quæret aliquis: aut ſi quid pertinet, cur potius attingitur quæſtio de compenſatione tanquam ad naturam harum actionum pertinens, cum ſint alia innumera non minus atque adeo multo magis harum actionum propria? Et habet utrumque hanc rationem. Primum quæſtio ipſa qualis hic proponitur, an ſcilicet compenſatio in his iudiciis pariter, & quomodo admitti debeat, non dubium eſt, quin plane pertineat ad propoſitam diviſionem. Cum enim dicuntur quædam actiones eſſe bonæ fidei, quædam ſtricti iuris, oſtendit ſtatim hæc diſtinctio differre hæc iudicia inter ſe. Et quidem non una eſt hæc differentia, ſed multæ & inſignes, natæ omnes ex hoc fonte, quod in bonæ fidei iudiciis libera poteſtas eſt iudici omnia admittendi, quæ ſint ex æquo & bono; in ſtrictis non item. Hinc inter cæteras nata quoque primo plurium ſententiis differentia in iure compenſationis, ut hæc in bonæ fidei iudiciis admitteretur etiam ipſo iure pro poteſtate iudici tributa: in ſtrictis autem aut non admitteretur omnino, aut admitteretur per exceptionem, ut hic indicatur initio. Ita ſi cæteræ differentiæ ad ſuperiorem diviſionem, & naturam horum iudiciorum pertinent, quam hæc quoque pertineat, quæ ex eadem cauſſa eſt, apparet. Cur autem inter tam multas unam hanc attingat, res indicat. Non enim attingit, ut conſtituat; ſed ut removeat. Ergo de cæteris differentiis nihil dicit, quia non eſt neceſſe. Omnes enim manent ut prius quæ ideo ex Pandectis, & illic ex veterum ſcriptis petendæ ſunt. Quod ſi maneret ea quoque differentia, quæ in compenſatione eſſe olim putabatur, non magis de hac ſermonem iniiceret, quam de cæteris: aut certe diceret ex æquo de omnibus. Nunc autem una hæc eſt ex omnibus; quam non patiatur manere, & de qua ius novum conſtituerit. Ideo & de hac ſola dicere neceſſe habuit. Et ut intelligeretur, quam recte hanc quæſtionem ſubiiceret propoſitæ diviſioni, ſtatim oſtendit occaſionem ſibi natam ex natura iudiciorum bonæ fidei, atque adeo hac fieri, ut videatur inter iſtas actiones ea differentia eſſe de compenſatione, quam dixi. Addit deinde, quo ſignificet non temere ſe de hac ſola differentia in iudiciis monere: quia ſcilicet velit intelligi ſe hanc ſuſtuliſſe, unde & ius de compenſatione a ſe in hac re conſtitutum breviter proponit.

III. Inſtituto Iuſtiniani hoc loco, & ordine loci cognito, de re videamus. Agitur hic de compenſatione in his actionibus, quæ propoſitæ ſunt, admittenda. Compenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio. *L. 1. D. de comp.* cum ſcilicet debitor a quo pecunia petitur, viciſſim ſibi a petitore deberi dicit, & id illi imputat, deſideratque tanto minus a ſe pe-

ſe peti, quaſi pro imputatione hoc idem re ipſa tribueret creditori: & ſimul idem reus, quod ſibi a petitore debebatur, vult ſibi amplius non deberi, quaſi hac imputatione viciſſim ab illo ſibi tributum: ut ſic fiat mutua illa, quam ſupra diximus, contributio. Unde & compenſatio utrinque pro ſoluto haberi dicitur uſque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur. *L.* 4. *C. de comp.* Hinc exitus compenſationis admiſſæ is, qui indicatur hoc loco, ut ſi compenſato eo, quod invicem debetur, nihil ſuperſit utrinque, quod debeatur, abſolvi debeat reus: ſin ſuperſit, quod reus debeat, in id ſolum reliquum debeat condemnari.

IV. Quæritur autem hoc loco de compenſatione, admittaturne ea in bonæ fidei iudiciis tantum quaſi natura iudicii ita poſtulante, an vero & in ſtrictis, & quomodo. De his ſic in ſumma Iuſtinianus: in utroque genere admitti dicit; ſed aliter iure vetere, aliter novo, quod ipſe conſtituit. In vetere quid referat; in novo quid conſtituat, conſiderandum eſt: habet enim utrumque dubitationem. Et ius vetus in eo fuiſſe ſcribit, ut in bonæ fidei iudiciis admitteretur compenſatio a iudice ſola æquitate iudicii citra exceptionem, id eſt, ipſo iure. In ſtricti autem iuris iudiciis ſolum oppoſita initio doli mali exceptione, dum reus hoc dicit in lite conteſtanda, dolo facis actor, quod petis illam ſummam, cum tantundem mihi debeas, ac potius debeas tecum penſare. Idque divi Marci reſcripto inductum eſſe ait. Quid ſit compenſationem fieri, ſeu actionem minuere ipſo iure, quid per exceptionem, & quid referat, utro modo debitor liberari dicatur; dixi ſupra ad §. *actionum num.* 35. Atque hæc illa eſt differentia vetus, quam eſſe dixi inter hæc iudicia circa compenſationem. Quo loco, quod de compenſatione in bonæ fidei iudiciis ipſo iure admittenda ſignificat, certi iuris & fuit olim, *L. ſi ambo D. de comp.* & nunc eſt ex ipſius conſtitutione. Id exigit æquitas iudicii & compenſationis.

V. Quod autem refert in ſtrictis iudiciis non idem ius fuiſſe olim, ſed in his ex reſcripto D. Marci compenſationem induci ſolitam per exceptionem, id eſt, non ipſo iure; ſe autem conſtitutione ſua induxiſſe latius compenſationes, ut actiones ipſo iure minuant in omnibus actionibus, proinde & in actionibus ſtricti iuris: utrumque eiuſmodi eſt, ut videatur aperte falſum eſſe. Conſtat enim ex locis minime dubiis, etiam ante tempora Iuſtiniani, atque adeo temporibus veterum Imperatorum & Iuriſconſultorum compenſationem in ſtrictis quoque iudiciis ipſo iure pro ſoluto habitam fuiſſe, & reum liberaſſe. Hoc quidem traditum non obſcure in *L.* 4. *C. de comp.* & *L.* 4. *D. eod.* Quod ſi verum eſt; neque compenſatio prius liberavit reum tantum per exceptionem, neque verum eſt Iuſtinianum hoc induxiſſe, ut compenſatio liberaret reum ipſo iure. Quorum de utroque ita reſpondeo. Quod ait Iuſtinianus prius in ſtricti iuris iudiciis compenſationem inductam per exceptionem; ſi ſimpliciter dicat, agnoſco falſum eſſe. Nam ſi compenſatio iam olim pro ſolutione valuit, ut valuit *d. L.* 4. *C. de comp* (quid enim intereſt, ſolvas quid, an quod apud creditorem tuum ſit de tuo, velis id ab eo in eam cauſſam retineri?) ſequitur, ut compenſatio ipſo iure debitorem liberet: quoniam ipſo iure liberat, & tollit omnem obligationem ſolutio. *Inſt. quib. mod. tol. ob.* in pr. *L.* 5. *C. de pact.* Nunc autem ait compenſationem olim inductam per exceptionem ex reſcripto divi Marci. Hæc adiectio, ex reſcripto divi Marci, hæc inter ſe conciliat: facit enim, ut ſimul verum eſſe poſſit inductam a divo Marco compenſationem tantum exceptione oppoſita, & tamen ante tempora Iuſtiniani, & veterum ſententiis compenſationem liberaſſe reum ipſo iure. Nihil enim vetat, quominus ætate divi Marci res adhuc dubia fuerit, oporteretne compenſationem ipſo iure admitti, an vero per exceptionem, unde & ille exceptionem tantum dederit, poſtea autem ſententia obtinuerit, ut compenſatio etiam ipſo iure haberetur pro ſoluto in omni pecunia debita. Certe conſtat pro iure certo hoc uſurpatum reſcripto Alexandri in *d. L.* 4. *C. de comp.* Sed hic longo poſt tempore ſecutus eſt Marcum Antoninum. Quod ſi quidam ex veteribus, ut Neratius, idem iſtud ſenſerunt, ut ſenſiſſe indicat *d. L.* 4. *D. eod.* nihil prohibet etiam hic dici, quorundam veterum & hanc iam olim ſententiam fuiſſe; ſed non omnium, eoque non fuiſſe explorati iuris: atque in hac dubitatione ſumpſiſſe divum Marcum id, de quo inter omnes conveniret, ſi non admitteretur ſcilicet compenſatio ipſo iure, at certe admittendam per exceptionem, & hoc illum tanquam tutius & certius eſſe ſecutum. Sic tamen, ut dixi, ut poſtea contra obtinuerit, & quidem tam multo ante tempora Iuſtiniani. Quod ad Iuſtinianum attinet, is ante ſua tempora ita obtinuiſſe non negat: denique ut in ſtrictis iudiciis compenſatio admitteretur ipſo iure, id ſe

indu-

induxiſſe non dicit. Non enim dicit ſimpliciter ſe compenſationes latius introduxiſſe, ut actiones ipſo iure minuant, quaſi prius omnino non minuerent, quod falſum eſſe conſtat ſaltem in bonæ fidei iudiciis: ſed ut minuant in omnibus actionibus ſive in rem ſint ſive in perſonam: hoc enim additur nominatim in ipſa conſtitutione, *d. L. ult.* in pr. *C. de comp.* & hoc loco inde ſumptum. Induxit igitur, ut minuant in omnibus actionibus: non autem in ſingulis: & in omnibus ſcilicet etiam in quibus id non obtinebat: cum prius non obtineret in omnibus: non autem in ſingulis, cum conſtet & antea in quibuſdam hoc idem valuiſſe. Quare ſi conſtet hoc ipſum obtinuiſſe antea in ſtrictis iudiciis, intelligi debet non magis dicere Iuſtinianum id ſe induxiſſe in his iudiciis, quam ex iiſdem verbis colligimus eum dicere id ſe induxiſſe in iudiciis bonæ fidei: quod tamen nemo colligit.

VI. Iam quid ipſe conſtituerit de compenſatione in his actionibus admittenda, quidve induxerit, videamus. Induxit autem tria. *Primum*, ut compenſationes fiant ipſo iure, ſi quis vult, in omnibus actionibus, ſive in rem ſint, ſive in perſonam. *Secundum*, ut id fiat certa tantum conditione in omnibus. *Tertium*, ut quædam actiones excipiantur; in quibus iubet nec compenſationem admitti. Principio cavet in omnibus actionibus tam in rem, quam in personam compenſationes fieri ipſo iure. *d. L. ult.* in prin. *C. de comp.* id eſt, ut hic interpretatur, ut compenſationes oppoſitæ actori minuant actiones omnes ipſo iure, ac non tantum oppoſita & initio conteſtata compenſationis exceptione, ſive in rem ſint actiones, ſive in perſonam. Et addit hoc loco hactenus ſe compenſationes latius introduxiſſe. In quo ergo latius, aut quid tandem hac parte novi iuris induxit, cum ante in omnibus actionibus in perſonam idem iuris fuerit, non tantum ſi eſſent bonæ fidei, ſed etiam ſi ſtricti iuris, ut ſupra oſtendimus? *d. L. 4. C. de comp. d. L. 4. D. eod.* Nempe hoc latius, hoc denique quod in hac re nunc primum conſtitutione ſua induxit, quod placuit compenſationem ipſo iure recipi etiam in actionibus in rem. Nam in his prius non recipiebatur: ſiquidem id exigebat prius compenſatio, ut pecunia utrinque deberetur, *d. L. 4. C. de comp.* unde & compenſatio definita, debiti & crediti invicem contributio. *d. L. 1. D. eod.* In actione autem in rem actor petit rem ſuam, non ſibi debitam. *§. 1. ſupra eod.* At Iuſtinianus pro debito etiam id haberi vult, ut reus poſſit compenſare, ſi quid viciſſim ei a petitore debeatur. Porro hoc inducto, etiam ſi de eo nihil induxerit in actionibus cæteris; tamen vere dicetur, induxiſſe eum eiuſmodi compenſationem in omnibus actionibus, cum prius non admitteretur in omnibus. Illud tenendum eſt, cum prius idem ius obtinuerit tam in actionibus ſtricti iuris, quam bonæ fidei, id ius eum in his actionibus non induxiſſe:

VII. Secundo loco addit conſtitutio ſuperiori iuri temperamentum, & hoc novum. Sic enim vult in omnibus actionibus compenſationem admitti ipſo iure, id eſt, tunc cum initio litis compenſatio oppoſita non eſt, ſi ea iure aperto nitatur, ut hic ſcriptum eſt; vel ut apertius hoc expreſſum in ipſa conſtitutione, ſi cauſſa, ex qua compenſatur, id eſt, compenſatio obiicitur, liquida ſit. Et obſervandum, conditionem hanc addi conſtitutione actionibus omnibus, in quibus prius compenſationem admiſerat ipſo iure: proinde non tantum actionibus in rem, ſed etiam in perſonam: & in his non tantum ſi ſtricti iuris ſint, ſed etiam ſi bonæ fidei. In quo certum eſt ius ab illo conſtitui novum. Nam si per compenſationem ipſo iure liberatus eſt reus tanquam ſolutione, ſemper verum eſt eum non debere, nec actori ullam eſſe actionem, ut initio reus negavit: quia ſolutio fecit, ne ulla eſſet actio, quæ ſublata eſt: tantum huc res redit, ut probetur ſolutio. Sed etsi initio opposita eſſet exceptio aliqua, liceret reo eam perſequi poſtea & probare, etsi prius negaſſet ſe debere, & eſſet convictus. *L. ſi quidem, C. de excep.* Nunc autem exceptiones omnes qualis eſt compenſationis dicuntur ineſſe bonæ fidei iudiciis; ut ſcilicet ante rem iudicatam oppositæ eodem modo a iudice admitti & audiri debeant, ac si initio per litis conteſtationem eſſent in iudicium deductæ, ut docui ſupra ad *§. actionum, num. 28. & ſeqq.* Sed Iuſtinianus occurrere voluit calliditati reorum, qui cum ſe victos, & certa petitione teneri vident, re iam diu agitata certo & indubitato debito compenſationem opponunt ex quavis cauſſa undecunque quæſita, & eadem tamen incerta; non quia cauſſa ita ſit, ſed ut dum de re incerta quæritur (ſi modo quæreretur) moras nectant ſuis ambagibus, & ita fruſtrentur in debito quanvis non dubio miſeros creditores. Quod ille indignum nec ferendum putavit, ut comprehenſum eſt

ipſa

ipſa conſtitutione. Ut igitur compenſationis defenſio tum oppoſita omni fraudis ſuſpicione careat, exigit, ut ex cauſſa liquida opponatur.

VIII. Cauſſam compenſationis vocat, cauſſam ex qua reus ſibi viciſſim a petitore quid deberi dicit, cuius debiti nunc defenſione ad compenſationem utitur: ut cum dicit ſibi deberi decem mutua. Hanc cauſſam ideo exigit, quia ſine cauſſa nihil poteſt deberi; & ex ea an quid debeatur, necne, ſolum æſtimatur. *L. cum de indebito, §. ult. D. de prob. L. 2. §. circa, D. de dol. mal. exc.* Hæc cauſſa tunc eſt liquida, cum certum eſt ex ea deberi, quod petitur; & ut nunc Iuſtinianus loquitur, cum ius debitoris apertum eſt in eo, quod ſibi viciſſim deberi intendit, quo iure aperto nunc compenſatio ab eo inducta nititur. Utrumque ita ſit, ſi de cauſſa debiti quæ allegatur, duo conſtent; iuſtam eſſe debendi cauſſam, & ſimul veram. Iuſta eſt, quæ eſt eiuſmodi, ex qua iure quid debeatur; veluti ſi dicat ex cauſſa mutui, legati, venditi centum ſibi deberi, puta mutuo a ſe data, aut ſibi legata, aut ex pretio venditionis debita. Quam cognitionem in quæſtione iuris, qualis nunc eſt, cum ſcilicet quæritur an quid debeatur, ideo præcedere oportet, quia fruſtra quæritur, utrum cauſſa vera ſit, necne, ſi conſtet iam a principio, etſi vera ſit, nihil tamen ex ea deberi poſſe. Cum iuſtam debendi cauſſam allegari conſtabit, ſic deinde certum fiet debitum, & apertum ius debitoris, ſi conſtabit hanc ipſam cauſſam eſſe veram, id eſt, vere præceſſiſſe, ut dicitur; puta pecuniam mutuo datam, legatam eſſe, aut rem aliquam tanti venditam creditori. Id conſtabit vel adverſarii confeſſione, quæ facit, ut de re confeſſa amplius quæri non oporteat; *L. ſi quidem, C. de excep. L. ult.* in pr. *C. quib. ad lib. prod. non lic.* vel probatione oblata & confecta intra id tempus, cuius mora actori non noceat; puta intra tempus, quod debitori condemnato daretur ad ſolvendum; *L. auffertur. §. qui compenſationem, D. de iur. fiſc.* aut ſi nullum daretur, ſi eodem die poſſet de re conſtare, *arg. in L. 3.* in pr. *D. ut in poſ. leg.* aut ſuperſit actori aliquid temporis ad probandum quod petit, & intra id debitor compenſatione uſus de eius cauſſa doceat. Quod Bartolus recte ſenſit *ad L. ult. C. de comp.*

IX. Sed meminerimus conſtitutionem Iuſtiniani loqui de compenſationibus quæ fiunt ipſo iure, & quod hic exigit de cauſſa liquida, in huiuſmodi compenſationibus exigere, id eſt, tum cum ab initio litis non oppoſita & conteſtata compenſationis exceptione, poſtea inter moras iudicii intentione actoris iam probata obiicitur compenſatio. Sic enim initio cavet conſtitutio; compenſationes ex omnibus actionibus ipſo iure fieri ſancimus. Et quod de cauſſa liquida ſubiicit poſtea, ad iſtam ipſam conſtitutionem quæ præceſſerat, temperandam ſubiicit. Sed & in eo temperamento nominatim eam compenſationem, quæ non fit ex cauſſa liquida, ideo repudiat, quia poſt multa forte certamina, & reo iam pene convicto opponitur. Ex quo intelligi debet, ſi quis initio litis utatur exceptione compenſationis, ceſſare conſtitutionem: ad eas denique compenſationes, quæ per exceptionem opponantur, non ipſo iure, conſtitutionem non pertinere. Propone aliquem iſta exceptione uti hoc modo. Reus a quo decem petebantur, negat ſe ea debere, & tamen dum de eo dubitat, utitur ſimul exceptione compenſationis, ut dicat, etſi deberet, tamen ſibi tantundem ex illa aut illa cauſſa viciſſim ab actore deberi. Dicemus ſi is quanvis poſt longa certamina de eo quod petebatur, convictus ſit debere, poſſe tamen eum redire ad exceptionem compenſationis, quam initio omiſerat, donec de intentione actoris conſtaret, & poſſe quanvis cauſſa ex qua compenſatio obiicitur, non ſit liquida. Id ius publicum eſt, datum omnibus reis ad ſui defenſionem, ut ſi quis eſt a quo quid ut debitum petitur, liceat ei ab initio negare intentionem adverſarii, & ſe quidquam ex ea cauſſa debere: & cum negaverit, addere nihilominus exceptionem, ut dicat, quanvis probatum fuerit, quod intenditur, habere ſe tamen illam aut illam iuſtam exceptionem, qua nunc in illum eventum utatur. Ad quem modum iudicio conſtituto prius imponitur actori neceſſitas probandi quod intendit: poſt ubi probaverit, permittitur reo redire ad ſuam exceptionem, & eam probare: quod non fit niſi in cauſſa non liquida & controverſa: hoc in *L. ſi quidem, C. de comp.* Id ius niſi ſpecialiter ſuperiore conſtitutione mutatum fuerit, manere oportet. *L. præcipimus*, in fi. *C. de app.* At nullo modo mutari ex iis quæ dixi, facile intelligitur. Exigit conſtitutio cauſſam compenſationis liquidam, cum compenſationes ipſo iure fiunt. Non fiunt ipſo iure, cum initio exceptio compenſationis opponitur. Sunt enim hæc, ipſo iure actionem minui, & per exceptionem, non tantum diverſa, ſed etiam

eiuſmodi, quæ nt tanquam contraria inter ſe opponantur, *L. qui ſervum.* §. 1. *D. de obl. & act. L. 4. D. de ſer.* Quinimmo ipſa ratio conſtitutionis aperte exceptionem compenſationis etiam in cauſſa non liquida admittit. Cum enim compenſationem ideo repudiat, quia poſt longa forte & varia certamina, a parte iam pene convicta, certo & indubitato opponitur, condemnationis certæ moratoriis ambagibus excludendæ cauſſa: apparet ſi opponatur exceptio compenſationis, quod fit ab initio in lite conteſtanda, ubi nulla adhuc certamina litis fucrunt, reus nullo modo convictus, non magis certum & indubitatum debitum, quam ante, nulla fraudis ſuſpicio ad remorandam condemnationis ſpem, quæ ſpes nondum ex ulla probatione conſtituta eſt; apparet, inquam, in his rationi legis locum non eſſe, ideo nec exceptionem in tempore oppoſitam ad coercitionem legis Iuſtiniani pertinere. *L. de eo.* iuncta *L. quid enim*, ſeq. *D. de iud.*

X. Supereſt exceptio lege Iuſtiniani inducta, qua & ipſa aperte ius conſtituit novum. Nam cum prius in omni actione in perſonam privata compenſationi locus eſſet, excepit lex duo genera, in quibus compenſationem in totum non admittit, id eſt, neque ipſa iure, neque per exceptionem, etſi maxime cauſſa compenſationis dicatur adferri liquida: actionem depoſiti, & omnem qua poſſeſſio alienæ rei vi occupata repetitur: utramque non ſine certa ratione. Nam depoſitum unum ex contractibus omnibus non ob aliam cauſſam datur, quam nt ſit quod reddatur deponenti, cum primum repoſcet: utpote datum ſolius cuſtodiæ cauſſa, donec viſum erit deponenti repetere. Adverſus hanc conventionem & fidem datam, id eſt, adverſus naturam ipſam depoſiti fit recta, ſi dum conſtabit eſſe depoſitum, interponetur ulla mora reddendi etiam prætextu compenſationis. Eſt igitur contra naturam contractus admitti compenſationem, ac proinde ſane Iniquum huius actioni compenſationem opponi, ut hic ſcriptum eſt: *ſane iniquum* ſic accipe, iniquum præter actiones cæteras, quæ quidem vim non perſequuntur. Vi autem occupatum nullam plane ne in ſpeciem quidem probabilem cauſſam habet ad retentionem vel rei occupatæ, vel æſtimationis eius. Nam a vetere poſſeſſore nullus conſenſus ad rem transferendam, ne coactus quidem, ut eſt in iis, qui vi metuſve cauſſa quid tradiderunt. Ab eo qui occupavit ad poſseſſionem nanciſcendam vis ſola. Hanc porro comprobare eſt contra bonos mores. *L. nihil conſenſui, D. de reg. iur.* Quocirca uihil relinquitur occupanti ad ullam retentionem; proinde nec ad compenſationem obiiciendam: quoniam compenſatio ſpecies eſt retentionis. *L. 4. L. ob negotium, D. de comp.* Ut autem in hac exceptione ratio excipiendi quærenda fuit; ita eſt numerus actionum exceptarum obſervandus. Duas ſuperiores excipit: ſed has tantum. Hac enumeratione confirmatur compenſationi locum eſſe in actionibus reliquis omnibus. Bene enim dicitur eum qui ex iis rebus quas prius poſuerat, aliquas excipit, non poſſe uon videri id ipſum, quod poſuerat, in cæteris confirmare: vel ut vulgo, exceptionem cnnfirmare regulam in caſibus non exceptis. *L. quæſitum, §. idem reſpondit, domo inſtructa*, in ſi. *D. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* Idque hæc ipſa conſtitutio in propoſito aperte oſtendit. Initio enim legis ita definierat Iuſtinianus, ſancire ſe compenſationes ex omnibus actionibus ipſo iure fieri. Niſi quid inde exceperit poſtea, neceſſe eſt definitionem manere in omnibus: de omnibus enim nominatim caverat. Excipit autem tantum duas illas ſuperiores. Maneat igitur definitio, his exceptis, in aliis omnibus. Quæ & ſententia vera eſt. Ideo & in commndati actione locus erit compenſationi, ſi nihil aliud ſit impedimento: hæc enim eſt ex actionibus quas complectitur conſtitutio. Nec quominus id dicamus, impediemur *L. ult. C. de Com.* ubi ita ſcriptum eſt; *prætextu debiti reſtitutio commodati non probabiliter recuſatur.* Aliud eſt enim rem commndatam retinere velle pro pecunia ſibi debita, aliud compenſatione uti velle: quoniam compenſatio in pecuniam utrinque debitam tantum cadit, ut mox dicetur. Itaque tunc eſſe poſſet compenſatio in commodato, cum re commodata amiſſa, aut deteriore facta commodatarii culpa, inciperet commodatarius teneri in rei æſtimationem, atque ita pecuniam debere, & viciſſim ei ab eo qui commodati ageret, pecunia deberetur. Quo caſu & compenſationem eius pecuniæ admitti non dubitatur.

XI. Sed quod dicitur In omnibus aliis actionibus compeuſationi locum eſſe, non hanc habet ſignificationem, ut ſemper ſit locus in omnibus: ſed ut ſi de genere ipſo actionis quæritur, ſciamus omnes eſſe eiuſmodi, quæ conditioue ſua compenſationem admittant; & ideo ſemper admittant, ſi ut dixi, nihil aliud ſit impedimento. Cæterum neque adverſus omnes

com-

compenſatio locum habet, neque in omni re debita, cuiuſcunque modi ſit actio: eaque duo impedimenta ſunt, quæ obſtent etiam iam olim compenſationi. Quæ cum etiam nunc ſtatuimus, nihil tamen contrarium dicimus conſtitutioni Iuſtiniani, qui in omnibus actionibus compenſationem admittit, duabus tantum exceptis. Non enim hic propter actionem removetur compenſatio, ut apparet; ſed propter agentis perſonam cum cauſſa publica coniunctam, aut propter rem quæ vocatur in compenſationem.

XII. Duo ſunt, quibus agentibus compenſatio de eo quod viciſſim privato debitori debent, compenſatio obiici non poteſt, fiſcus, & Reſpublica: ſed in certis tantum cauſſis ad publicam utilitatem pertinentibus, quæ comprehenſæ ſunt in *L. 3. C. de com. L. ob negotium, D. eod. L. aufertur, §. ut debitoribus, D. de iur. fiſ.* ut hic perſona actoris, ſimul & cauſſa publica excludant compenſationem.

XIII. Quod ad res attinet, quæ hanc admittant, probo ſententiam vulgo receptam, neque ſpeciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum ſpecie ab eo petita compenſari poſſe: multoque minus ſpeciem cum ſpecie. Et in ſumma ita conſtituo compenſationem in alias res non cadere, quam in quantitates utrinque debitas. Quam ad rem fateor ingenue non moveri me magnopere iis argumentis, quibus vulgo ad hanc rem utuntur, quæ hic afferuntur ab Accurſio, & ad *L. ult. C. de comp.* Quin omnia ſunt eiuſmodi, quæ ſi quis propius conſideret, & generalitatem aliorum locorum de compenſatione in omnibus actionibus admittenda conferat, facile totam illam ſententiam ſit omiſſurus: adeo in illis nihil firmi pro ea ſententia, aut ad aliorum locorum refutationem: ut non ſit mirum pleroſque doctos viros, dum ea expendunt, & alios locos urgent, facile veniſſe in contrariam ſententiam. Sed huius ſententiæ veræ & ſolidæ rationes ſunt tres: quarum duæ ex principiis certis iuris & æquitatis ductæ infirmari poſſe non videntur: tertia ex ſignificatione verbi ſumitur, quæ ut deſint cætera, de locis in ſpeciem diſſidentibus facile rem expedit. Primum ergo nemo debitor facto ſuo liberari poteſt invito creditore, niſi ſolvendo. *L. ſi rem, §. omnis, D. de pig. act.* Unde & compenſatio non alia de cauſſa debitorem liberat, quam quod pro ſolutione habetur. *L. 4. C. de comp.* dum ſcilicet nihil intereſt, utrum quid tradam creditori meo ſolvendi animo, an quod meum aut mihi debitum apud illum erat, patiar apud eum eſſe eo nomine. *L. qua ratione, §. interdum, D. de acq. rer. do. L. ſingularia,* in fin. *D. ſi cert. pet.* Porro ſolutio non eſt ſolutio niſi eius quod debetur, nec aliud pro alio invito creditore ſolvi poteſt. *Inſt. quib. mod. toll. obl.* in pr. *L. 2. §. 1. D. ſi cert. pet.* Quare nec aliud pro alio compenſari poteſt: veluti, ſi cum pecunia, quam reus debet, velit compenſare ſpeciem ſibi viciſſim debitam, aut contra cum ſpecie a ſe debita pecuniam debitam ſibi ab actore. Idque tanto magis recipiendum eſt in compenſatione, quam in ſolutione, quod abſurdum ſit ad liberationem plus tribui imagini ſolutionis, quam veræ & naturali ſolutioni, quæ ſolum tunc eſt, cum pecunia numeratur naturaliter creditori. *L. ſolutam, D. de ſol.* Sit & eiuſdem rei hoc argumentum. Nec emere invitus, nec vendere quiſquam cogitur. *L. invitum, C. de contr. empt. L. nec emere, C. de iur. deb.* At pecunia a te petita poſtulare ab actore, ut pro ea pecunia ſpeciem quam viciſſim debet, ſibi habeat, tu pecuniam illi debitam retineas; nihil aliud eſt, quam petere, ut eam ſpeciem actor emptam habeat eo pretio, quod tu retines. Et ex diverſo ſpecie aliqua a te petita poſtulare, ut eam ſpeciem retineas invito actore, ille autem pro re pecuniam ſibi habeat, quam viciſſim tibi debet, nihil aliud eſt, quam petere, ut eam ſpeciem vendat, tu pro pecunia quam offers, tanquam pretio emptam habeas. Utrumque ideo, quia emptio & venditio eſt, cum res pro pecunia, aut pecunia pro re datur. *L. naturalis,* in pr. illic., & *ſiquidem, D. de præſ. verb.* Neutrum ergo actor admittere cogitur. Etſi hæc explorati iuris rationem habent; tamen plerique moventur verbis legis Iuſtiniani, quæ in omnibus actionibus admittit compenſationem; in omnibus quidem in perſonam ſine dubio, idque ex iure quoque vetere; ſed hoc amplius & in actionibus in rem. Conſtat autem in pleriſque in perſonam peti non pecuniam, aut quantitatem, ſed ſpeciem, ut in commodato. in actionibus autem in rem nunquam aliud, quam rem & ſpeciem certam. *L. ſi in rem. 6. D. de rei vind.* Sed & alii loci permulti in iis actionibus, quibus ſpecies petitur, ſimiliter compenſationem recipiunt: quos collegit Duarenus, nempe aliam ſententiam ſecutus, in *L. fructus, §. ob donationes, D. ſol. matrim.* Hic ipſe locus inter cæteros, ubi traditur iam olim in omnibus bonæ fidei iudiciis officio iudi-

Digitized by Google

cis contineri, ut ſi quid invicem præſtare actorem oporteat, debeat admitti compenſatio, & compenſato eo in reliquum reus condemnari.

XIV. Adverſus quæ omnia poterat hæc defenſio ſufficere, ut diceremus admitti compenſationem in actionibus omnibus, dummodo ea concurrant, quæ exigit compenſationis natura: admitti, inquam, ſed ſuis legibus & conditionibus, quas illi ius impoſuit: in quibus eſt præcipue, ut quantitas invicem debeatur. Nihil ad rem pertinere, quod non adiiciatur hæc conditio ſuperioribus locis. Nam nec negatur. Ideo ſatis eſſe, ſi conſtet ex aliis hanc legem eſſe compenſationis inter cæteras. Inde videlicet, quod hic deſit, eſſe ſumendum: neque enim omnibus locis dicuntur omnia quæ ad rem quamque de qua agitur, pertinent. Iam vero quam hoc exigat compenſationis ratio, ut quantitas debeatur invicem, quam compenſari volumus, & ſuperiora argumenta luculenter probant, & ſimul diſerte expreſſum eſt in *L. 4. C. de comp.* Quo referri etiam poſſunt, ſi quis vult, loci in eam rem hic citati ab Accurſio: inter quos maxime *L. ſi convenerit*, *D. de pig. act.* At quid, ſi probamus ipſum per ſe compenſationis nomen vi ſua hoc continere, ut pecunia invicem debeatur? Opinor, non modo confirmamus illud idem, quod ſupra; ſed etiam de locis iſtis omnibus in ſpeciem contrariis liquido reſpondemus, quod omnibus poſſit eſſe ſatis; eorum nimirum ipſorum locorum verbis pecuniam utrinque debitam exigi, quoties compenſationis vel ſimpliciter ſit mentio, ut proinde non ſit hæc conditio anxie ex aliis locis accerſenda. Addamus igitur iam ad omnem certitudinem tertium illud, quod propoſuimus, compenſationis verbo debitæ invicem pecuniæ contributionem ſignificari, non aliarum rerum. Id etymologia probat, & veterum uſus. Compenſare ut penſare ſimplex a pendendo dictum conſtat. Eſt autem pendere, pecuniam ſolvere, auctore Feſto, ab eo, quod ære gravi cum initio uterentur Romani, ſoluturi id appendebant, non numerabant. Unde penſiones & penſitationes dictæ. Hinc compenſare dicti duo inter ſe, cum mutuo penſant, ſeu pendunt pecuniam alter alteri, quæ alteri debeatur. Penſatio igitur iſta, pecuniæ mutuæ penſatio eſt, non ſpeciei certæ: ut vere dicturi ſimus compenſationem eſſe non tam debiti & crediti ut eſt in *L. 1. D. de comp.* quod paulo eſt generalius, quam debitæ & creditæ pecuniæ inter ſe contributionem. Quid eſt autem veteribus penſare beneficium, tarditatem ſupplicii gravitate compenſare, & ſimilia? Eſt pro eo quod debeas tantum rependere, ut æquam præſtationem facias, id eſt, ut tantundem præſtes. At non redditur tantundem certo, niſi cum pecunia aut res aliæ quantitate conſtantes eadem quantitate redduntur. Quocirca & compenſatio quæ proprie nunc appellatur, non debet intelligi ex uſu veterum, niſi pecuniæ quantitatiſve utrinque debitæ & mutuo imputatæ penſatio. At hoc ſi ita eſt, quis relinquitur locus compenſationi in actionibus in rem, & aliis actionibus in perſonam, in quibus certa ſpecies petitur? Nullus relinqueretur, ſi ſemper aut in his peteretur res ipſa, aut petita reſtituenda eſſet. Sed multis modis accidit, ut pro re præſtanda ſit æſtimatio; ſive quod dolo malo res non reſtituitur, ſive quod dolo aut culpa eius cum quo agitur, res amiſſa, aut deterior facta eſt: ut iam reus quantitatem ex ea cauſſa debere incipiat, ut de actione in rem traditur in *L. item ſi verberatum*. *L. qui reſtituere*, *D. de rei vind.* Hic vero compenſationi locus, ut ſi qua pecunia reo viciſſim debeatur ab actore, hanc cum illa recte compenſet, ut bene hic Accurſius.

Præterea

Præterea quaſdam.

§. XXII.

Arbitraria actio nec bonæ fidei, nec ſtricti iuris, & de hoc genere ſumma huius loci. I.
Arbitrariæ actiones unde ita dictæ, & quid ſit hic ex arbitrio iudicis pendere. II.
Bonæ fidei actio cur non dicatur arbitraria. III.
Arbitrium in actione arbitraria, quid ſit, quid contineat, & ubi interponatur. V. IV.
In arbitraria actione ſententia quæ arbitrium ſequitur, quid habere debeat tum ad abſolutionem, tum ad condemnationem. VI. IV.
Actio de eo quod certo loco promiſſum eſt, alio loco agenti arbitraria, & cur ita dicatur. VII.
Arbitrariæ actiones quæ in ſumma. VIII.
Arbitrariæ omnes, quæ ſunt ad reſtituendum tam in rem, quam in perſonam, niſi ſint bonæ fidei. IX. X.
Bonæ fidei actio etſi idem arbitrium, & eandem condemnationem habeat, quam arbitraria, ut commodati, non eſt tamen arbitraria, & cur. XI.
Ad exhibendum actio omnis arbitraria. XII.
Ad ſolvendum actio ſola arbitraria, quæ eſt de eo quod certo loco debetur: & de Rodhibitoria. XIII.
Noxalis actio quando arbitraria. XIV.

Præterea quaſdam actiones arbitrarias, id eſt, ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus, niſi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori ſatisfaciat: veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſolvat, vel ex noxali cauſſa ſervum dedat: condemnari debeat. Sed iſtæ actiones tam in rem, quam in perſonam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quaſi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In perſonam, veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus cauſſa, aut dolo malo factum eſt. Item cum id, quod certo loco promiſſum eſt, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus & ceteris ſimilibus permittitur iudici ex bono & æquo ſecundum cuiuſque rei, de qua actum eſt, naturam æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.

I. SUpra ad §. *actionum*, monui tripartitam eſſe illam diviſionem, quæ in §. *actionum autem*, proponitur. Non enim tantum actiones eſſe quaſdam bonæ fidei, quaſdam ſtricti iuris; ſed etiam tertium inter utrumque ſuperius interiectum genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Id autem genus eſt, quod hic prioribus illis duobus continenter adiicitur; & quidem admodum ſignificanter, quo intelligatur genus eſſe diſtinctum a prioribus; ex eadem diviſione tamen, cum ita dicitur ſtatim initio; præterea quaſdam actiones arbitrarias appellari. Non enim aliud valet illud præterea, quam præter ſuperiores & tertium hoc genus eſſe, quas arbitrarias appellamus. Sed quam id verum eſſet, quamque arbitrariæ non eſſent ex eo genere, quæ dicuntur ſtricti iuris, ſatis illic oſtendimus; & multo etiam certius ex iis quæ de natura arbitrariarum hic dicentur, intelligetur. Reſtat, ut de genere ipſo videamus: quod hic breviter quidem, ut pro inſtituto operis, recte tamen & commode, ſi quod aliud hoc titulo, explicatur. Quam ad rem accommodate tria ordine complexus eſt Iuſtinianus. Primum definitionem: deinde quæ huius generis eſſent actiones: poſtremo quid eſſet harum actionum proprium. De ſingulis quid valeant breviter ita dicam, ut quod poſtremum poſuit, quaſi a primo natum ſecundo loco a me attingatur.

II.

II. Arbitrarias actiones ſic definit, quæ ex arbitrio iudicis pendent. *in principio, & in* verſic. *ad exhibendum*. Et hoc *ex arbitrio iudicis pendere* quid ſit, ſtatim explicat; id autem tale eſſe, *ut niſi arbitrio iudicis is cum quo agitur, ſatisfaciat, condemnari debeat*. Quo ambiguitatem priorum verborum ſuſtulit. Poteſt enim intelligi ex arbitrio iudicis pendere actio, cuius exitus, id eſt, condemnatio & abſolutio ſit in arbitrio & poteſtate iudicis; ut hoc ipſum ſcilicet pendeat ex eius arbitrio, utrum ſententiam ferat, necne, & dum feret, qualem ferat, abſolvat reum, an condemnet, & quatenus id faciat. Oſtendit non id ita in propoſito accipiendum. Et recte. Omnium enim actionum commune hoc eſt, ut quæcunque poteſtas eſt iudicis in quavis actione, ea ſemper intelligatur, quæ ſit vere iudicis. Quamobrem & omnis duplicem neceſſitatem adiunctam habet; iudicandi primum de qua re cognovit; deinde & recte iudicandi, id eſt, ut iure ſcripto & moribus proditum eſt: quæ duo ſunt in officio cuiuſvis iudicis. *L. de qua re, D. de iud. Inſt. de off. iud.* in pr. Et quoniam iubetur iudicare, hoc verbo etiam continetur, ut de re ſententiam ferat, quæ finem imponat controverſiæ aut condemnando, aut abſolvendo: id enim eſt iudicare. *L. 1. D. de re iud.* Hic ergo movemur ex arbitrio iudicis pendere dici eas, quæ ſententiam quidem ſuam ſemper habent, & una condemnationem aut abſolutionem, quod eſt omnium commune: ſed habent ante ſententiam arbitrium iudicis, rem huius generis propriam, ex quo pendet, non an iudex ſententiam ferat, ſed ferendo utrum condemnet, an abſolvat. Arbitrium id eſt, quo iubet iudex, ut reus quid faciat, quod conveniat petitioni & naturæ actionis; quod quale ſit, de eo poſtea. Ex eo autem ſic pendet actionis exitus, condemnatio videlicet, aut abſolutio, dum ei arbitrio paretur, aut non paretur, ut ſiquidem paret reus, abſolutio: ſi non paret, condemnatio ſequatur. Quod non item fit in cæteris actionibus, quarum hæc natura eſt, ſi quaſdam bonæ fidei exceperis, ut convicto reo deberi id quod petitur, ſententiam differri non debeat, aut ex aliquo iuſſu & arbitrio iudicis præcedente ſuſpendi; ſed ſtatim debeat reus condemnari. Exemplo res plana fiet. Actio de eo quod metus cauſſa extortum eſt, arbitraria eſt, ut hic traditur, & *L. item ſi cum, §. hæc autem, D. quod met. cau.* Ideo ita dicitur, quia cum ſit in quadruplum, non tamen reus quanvis convictus rem metu extortam poſſidere, ſtatim in quadruplum condemnatur; ſed prius iubetur rem de qua agitur, reſtituere: quam ſi reſtituit, evitat quadrupli condemnationem: ſi non reſtituit, tum in quadruplum condemnatur. *d. L. item ſi cum, §. 1. & §. hæc autem, D. quod met. cau. §. item actio, ſupra hoc tit.* Ut vere dici poſſit hanc condemnationem ex eo pendere, quod reus arbitrio non paruerit. Item actio de eo quod dolo malo a nobis expreſſum eſt, arbitraria eſt: nam & huius exemplo hic quoque Iuſtinianus utitur. Nempe ideo arbitraria, quia in hac actione reus convictus rem dolo malo abſtuliſſe, prius iubetur reſtituere. Niſi reſtituerit, ſequitur condemnatio harum actionum propria, in id videlicet, quanti ea res erit iureiurando actoris æſtimata, ut eſt in *L. arbitrio, D. de dol.* Non idem fit, ut dixi, in cæteris actionibus. Nam actio furti, exempli cauſſa, ita eſt dupli aut quadrupli, ut ſimul atque convictus fuerit reus furtum feciſſe, in duplum aut quadruplum condemnetur, neque hanc condemnationem evitet, quantumvis rem forte ablatam primo quoque tempore reſtituerit. *d. L. item actio, ſupra eod.*

III. Ex hac definitione intelligimus bonæ fidei actiones non eſſe arbitrarias, ut nunc arbitrarias appellamus. Etſi enim æſtimatio rei in his actionibus arbitrio iudicis libero committitur, *§. in bonæ, ſupra eod.* unde & ipſa iudicia dicuntur arbitria, & horum iudiciorum iudex arbiter: *L. arbitrium, L. in hoc iudicio, L. ult. D. fam. erc. L. ut fundus, D. com. divi. L. pro ſoc. D. pro ſoc.* non tamen illarum actionum condemnatio aut abſolutio natura actionis ex arbitrio iudicis præcedente pendet; ſed poſteaquam probatum eſt deberi, quod debetur; ſtatim ſequitur condemnatio, etſi condemnatio ex æquo & bono concipitur. Nam quod in his iudiciis hoc arbitrium interponitur interdum, quod fit cum res a nobis profecta repetitur, & iubet iudex eam nobis reſtitui, ut niſi reſtituatur, iuretur in litem, de quo poſtea in extremo loco: accidit hoc conditione ipſius rei, cuius pretium non eſt æquum alterius arbitrio potius ſtatui, quam domini: *L. tutor, D. de in lit. iur.* non utique iudicii propria natura, quæ omnibus conveniat. Alioqui in aliis rebus petitis idem fieret: quod ſecus eſt.

IV. Sunt ergo arbitrariæ actionis duo propria, quæ ſuperior definitio exigit: quæ qualia ſint, quid poſtulent, ſeu quod

ſit

ſit in his officium iudicis, & quæ poteſtas actionis, ſequens locus eſt, ut videamns, & idem qui amplius expoſitus naturam huius actionis continet: quod tertium, ut dixi, Iuſtinianus poſuit. Propria hæc duo; arbitrium iudicis præcedens, & ſententia quæ ſequitur; non tamen ſententia ſimpliciter, ſed ſententia ex arbitrio pendens. In utroque hoc officium iudicis, quod in commune deſcribit *in extremo* Iuſtinianus: *permittitur*, inquit, *in his actionibus iudici ex bono & æquo ſecundum cuiuſque rei de qua actum eſt naturam æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat*. Quo intelligimus poteſtatem iſtam atque officium ad utramque illam partem pertinere; Quid contineat, & poſtulet in utroque, videndum.

V. Et arbitrium quod hic dicitur, eſt iuſſus iudicis, quem velut arbiter honorarius interponit rei amice velut componendæ cauſſa, unde arbitrii nomen, quo iubet reum aliquid facere, convenienter eius actionis, quæ intentata eſt, naturæ: ut niſi paruerit reus, condemnatio ſequatur ea, quam huius generis proprium eſſe dicemus. Ita deſcribitur arbitrium hoc in *L. qui reſtituere*, *D. de rei vind.* ubi tamen arbitrium dicitur in fine *arbitratus*, qui idem & *iuſſus* in principio. Sic & iuſſus dicitur in *§. item actio*, *ſupra hic*. Quod iubet iudex, unum eſt ex his tribus, rem de qua agitur, aut reſtitui, aut exhiberi, aut ſolvi, prout ad reſtituendum, aut exhibendum, aut ſolvendum certo loco quid agetur: quibus in cauſſis arbitrariæ actioni locus eſt; quod ſignificatur hic in principio. Idque ipſum illud eſt, quod ſuperior definitio præcipit faciendum ſecundum cuiuſque rei de qua actum eſt naturam. Hæc cum iubet iudex, non tantum iubere, & arbitrari, ſed etiam arbitrium dare dicitur, pro edere & interponere arbitrium ac iuſſum. *d. L. item ſi cum*, *§. hæc autem*, *D. quod met. cau. L. arbitrio*, *§. 1. D. de dol.* Notandum, quidquid hic iubet iudex, hunc iuſſum dici & arbitrium, non ſententiam: *d. L. item ſi cum*, *§. hæc autem*, *D. quod met. cauſ.* quia in uſu iuris ſententiam eam proprie dicimus, qua lis deciditur. *L. quod iuſſit*, *D. de re iud.* Quod non fit arbitrio interpoſito in his actionibus. Nam ſi eo arbitrio lis decideretur, nullæ eſſent amplius in ea cauſſa partes iudicis, nec amplius ſententiam ferre poſſet: quippe qui iudex eſſe deſiiſſet. *L. iudex poſteaquam*, *D. de re iud.* Nunc autem arbitrio ſuperiore dato, adeo lis non deciditur, nec adimitur propterea poteſtas ſententiæ poſterioris ferendæ, ut hoc ipſo interponatur arbitrium, quo deinde condemnatio aut abſolutio, id eſt ſententia, ſequatur. Et tamen nihil prohibet hoc arbitrium dici ſententiam, ut interlocutio omnis iudicis ad præparationem cauſſæ aut ſententiæ pertinens & ipſa ſententia dicitur generaliter. *L. qualem*, *§. ult. D. de recep.* Sed generis nomen quod erat, contractum eſt ad eam, quæ rem finit propter excellentiam. Interdum tamen nullum huiuſmodi arbitrium interponitur, quale diximus, ſed ſtatim fit condemnatio in his ipſis actionibus arbitrariis: quod fit, cum conſtat rem de qua agitur, reſtitui aut exhiberi non poſſe. *d. L. arbitrio*, *§. 1. D. de dolo.*

VI. Arbitrium ſequitur ſententia iudicis. *d. L. item ſi cum*, *§. hæc autem*, *quod met. cau. d. L. arbitrio*, *D. de dolo*. Habet hæc ſententia abſolutionem aut condemnationem, ut reliquæ. *L. 1. D. de re iud.* Sed in hoc genere actionum utramque ex arbitrio iudicis pendentem. Sequitur abſolutio duobus caſibus. Uno, ſi reus paruerit arbitrio & iuſſui iudicis: puta ut qui iudicis iuſſu rem metu extortam reſtituit, abſolvatur. *§. item actio*, *ſupra hic*. Altero, ſi non paruerit quidem, ſed ſine dolo malo & culpa eius factum ſit, quominus poſſit rem reſtituere: ut in ſpecie actionis quod metus cauſſa declaratur in *d. L. item ſi cum*, *§. aliquando*, *Quod met. cau.* Quo caſu dicitur illic ab Ulpiano arbitrium adferre abſolutionem, quia adfert per occaſionem. Nam vere aut recta ſolum abſolutionem parit, quod reus paret arbitrio, aut perinde habetur, quaſi paruiſſet, ut hoc caſu poſteriore. Sed quoniam cum perinde id habetur, vere non paruit, ideo arbitrium ipſum videtur ſolum eſſe in cauſſa, cur reus abſolvatur, quia niſi arbitrium interveniſſet, reus non abſolveretur. Quod ſi his caſibus ſolis abſolutio arbitrium ſequitur, fit, ut arbitrio dato tum ſequatur condemnatio, cum neque reus fecit, quod iuſſus eſt, & per eum ſtetit, quominus faceret. Hanc condemnationem in actionibus quæ ad reſtituendum ſunt, aut ad exhibendum duplicem eſſe animadverto. Aut enim quadrupli eſt; & hæc ſolum propria actionis quod metus cauſſa, idque intra annum, de qua in *d. L. item ſi cum*, *§. 1. §. hæc autem*, *quod met. cau. d. §. item actio*, *ſupra hic*. Aut eſt in id quanti ea res eſt, de qua agitur. Atque hæc ipſa rurſum duplex. Alias enim æſtimatur res iureiurando actoris; quod fit, cum reus per contumaciam aut dolo

malo

malo rem non reſtituit, aut exhibet. *L. arbitrio*, in pr. *de dol. L. qui reſtituere, D. de rei vind. L. 1. L. 2. L. 5. D. de in lit. iur.* Alias æſtimatur tantom lis ex vero, id eſt, quanti eſt re vera, iureiurando actori non delato. *d. L. qui reſtituere, D. de rei vind. L. in actionibus*, verſ. *plane, D. de in lit. iur.* Cum autem iudex iuſiorandum defert in litem, æſtimandum illi permittitur, utrum in infinitum permittat actori iurare, an vero iuriiurando taxationem adiiciat, intra quam iuretur: & cum iuratum eſt, utrum iuſiurandum ſequatur, an poſſit vel prorſus reum abſolvere, vel minoris condemnare: de quibus quid ſervandum ſit, eſt in *L. 4. §. iurare, §. pen. D. de in lit. iur.* Quibus cognitis, cum hic dicat Iuſtinianus permitti iudici in his actionibus ex bono & æquo ſecundum cuiuſque rei de qua agitur naturam æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat; ſi quis quærat, quæ ſint iudici ad eam rem æſtimanda, & quibus illo modo actori ſatisfiat, habet ea in his, quæ diximus, breviter expoſita. Hæc in ſumma, ut poſt interpoſitum arbitrium (niſi tamen videatur non eſſe interponendum, ut fit interdum) æſtimet iudex ad futuram ſententiam, utrum reum abſolvere debeat, an condemnare. Abſolvendi conditiones certæ. Condemnandi contrariæ. In condemnatione ut litem æſtimet, eamque æſtimationem pro genere actionis, proque dolo aut culpa rei ita moderetur, ut ſupra dixi.

VII. Et hæc omnia de natura harum actionum, deque poteſtate & officio iudicis in illis, uſque adhuc certa & communia in actionibus ad reſtituendum, & ad exhibendum, quæ duo ſunt priora genera earum actionum, de quibus paulo poſt. Habent & ipſa locum in actione de eo quod certo loco promiſſum eſt, quod eſt tertium genus: ſed tamen nonnihil huius proprium, diverſum a cæteris: quod peculiariter videatur obſervandum de arbitrio & officio iudicis. Eſt igitur & hæc arbitraria, cum alio loco agitur, ut hic traditur: non tamen quia ſemper arbitrium iudicis ſententiam præcedat in hac actione; ſed quia interdum: cum autem hoc arbitrium non recipit, habet aliud quod committatur arbitrio iudicis, unde & fiat arbitraria. Duo ſunt igitur quæ hanc arbitrariam faciunt. Primum illud ſemper, quod cum hac actione alio loco agitur, & placet interim utilitatem loci conſtituti reo ſervari; committitur arbitrio iudicis hæc ipſa æſtimatio, ut æſtimet ex æquo & bono, quanti interſit promiſſoris conſtituto potius loco ſolvere, quam in eo, in quo agitur. In quo & actoris quoque pro æquitate eius arbitrii ratio habetur: atque hinc maxime huius arbitrariæ nomen. *L. 3. L. 2.* in pr. & §. *ult. L. centum*, illic, *circa cuius, D. de eo quod cert. loc.* Sed hoc commune huic actioni cum bonæ fidei iudiciis, nec ſatis idoneum, cur dicatur ex arbitrio iudicis pendere. Alterum eſt proprium huius generis, quo ad definitionem quoque ſuperiorem pertinere intelligitur, quod & huius condemnatio aut abſolutio interdum pendet ex arbitrio iudicis præcedente. Nam ſive reus pecuniam loco conſtituto obtulit, ſive dicit ſe eam eo loco depoſuiſſe ad ſolutionem, ſive dicit eam loco conſtituto facile ſolvi poſſe; audiendus eſt, ſi poſtulet ſibi fieri poteſtatem ſolvendi conſtituto loco cautione in eam rem exacta: hoc in *L. 4. §. 1. D. de eo quod cert. loc.* Ex quo colligimus in eo officium eſſe iudicis, ut iubeat reum his caſibus pecuniam loco conſtituto ſolvere, & eo nomine cavere; hac lege videlicet, ut ſi reus huic arbitrio pareat, abſolvatur; ſi non pareat, condemnetur, ut eo ipſo loco quo actum eſt, ſolvar.

VIII. Cogoita definitione arbitrariæ actionis, tum eius natura, quæ hoc ipſum arbitrium efficeret, unde eſt nomen & definitio; reliquum eſt, videamus tertio loco quod ſecundum Iuſtinianus poſuit, quæ ſint actiones huius generis. Quæſtio quidem naturæ ordine prima, ſi dubitaretur, an eſſent aliquæ actiones arbitrariæ, & enumeratione generum id probandum eſſet. Prius eſt enim, ut ſit actio, quam ut qualis ſit, quidve contineat, quæratur. At hoc poſito eſſe aliquas arbitrarias, quod hic pro certo ponitur, uti & conſtat eſſe quaſdam bonæ fidei, quaſdam ſtricti iuris; nihil aliud ſequitur, quam ut quæratur, quid ſit hoc verbi, quid ſingularum proprium, quo aliæ diſtent ab aliis, tum quæ in hoc numero, id eſt, quæ iſta conditione quæ expoſita eſt, habeantur. De eo Iuſtinianus ita ſcribit, ut ſignificet ex arbitrariis actionibus quaſdam eſſe ad reſtituendum, quaſdam ad exhibendum, quaſdam ad ſolvendum. In noxali autem actione hanc eſſe diſiunctionem, ut iſta fiant, aut ſervus noxæ dedatur. In quo hæc genera illum notaſſe apparet. Sed in his omnibus particula veluti tantum uſus, ut diceret, veluti rem reſtituat, vel exhibeat, & reliqua eodem modo, tum hæc ipſa genera poſtea exemplis quarundam actionum tantum indicatis,

Digitized by Google

tis, dubium fecit, eſſentne genera hæc ſola, an plura, & an omnes horum generum eſſent arbitrariæ. De quo ſic breviter conſtituimus, actionum arbitrariarum tria eſſe genera: aut enim eſſe ad reſtituendum, aut ad exhibendum, aut ad ſolvendum. In aliquo genere ex his ſemper eſſe noxalem. Quæ ad reſtituendum ſunt, omnes eſſe arbitrarias, dum non ſint bonæ fidei. Ad exhibendum omnem arbitrariam ſine exceptione. Ad ſolvendum eas tantum, quæ ſunt de eo quod certo loco debetur. Sed hæc & explicationis & confirmationis indigent. Quare ſingula videamus.

IX. Et de iis quæ ſunt ad reſtituendum, ſic ſtatuo, inquam, quibus actionibus id agitur, ut res noſtra aut ad ius poſſeſſionemve noſtram pertinens, nobis reſtituatur (nam in his proprie reſtitutionis verbum obtinet, cum de re actori reſtituenda agitur) omnes dum bonæ fidei non ſint, eſſe arbitrarias. Aut enim in rem ſunt, aut in perſonam. Omnes in rem actiones ad reſtituendum competunt, Et omnes item arbitrariæ, excepta hereditatis petitione, quam bonæ fidei eſſe diximus, non quod non admittat eandem æquitatem arbitrii & reſtitutionis, qualem eſſe diximus in reliquis in rem; ſed quia dum idem ſit, non neceſſe eſt aliter dici, quam bonæ fidei, cum id conſequatur bonæ fidei poteſtate, non arbitrii conditione: a qua ſola dicuntur actiones arbitrariæ, de quo paulo poſt plura. Reliquæ, ut dixi, arbitrariæ. Quod ex generibus earum facile intelligetur. Nam aut civiles ſunt, aut prætoriæ. Civiles, quibus rem noſtram petimus, ſive ea corporalis eſt, ſive incorporalis. Prætoriæ cæteræ, de quibus in §. *ſed iſtæ*, & deinceps. *ſupra eod.* Prætorias arbitrarias eſſe declarat hoc loco Iuſtinianus Publicianæ & hypothecariæ exemplo: has enim cum exempli loco, addita ſcilicet particula *veluti*, arbitrarias eſſe dicit, ſatis ſignificat non has ſolum, ſed & cæteras eiuſdem generis, id eſt, in rem, & prætorias eſſe arbitrarias. Et ſunt omnino, utpote in quibus ſit idem iuſſus iudicis de re reſtituenda, & niſi iuſſui pareatur, eadem condemnatio, ut ſignificatur regula generali Ulpiani tradita in *L. qui reſtituere*, in fin. *D. de rei vind.* Et certe quod dicitur hypothecaria arbitraria eſſe, eo fit, quia prius poſſeſſor iubetur hypothecam quam poſſidet creditori reſtituere, ac niſi reſtituit, ſequitur condemnatio arbitrariarum actionum propria, in id ſcilicet, quanti ea res eſt iureiurando a-

ctoris æſtimata, ut declaratur in *L. ſi fundus*, *§. in vindicatione*, *D. de pig.* Cæterarum prætoriarum cum eadem petitio ſit, eadem reſtitutionis æquitas; idem quoque arbitrium iudicis & eandem condemnationem in his eſſe neceſſe eſt: unde & arbitrariarum nomen. De rei vindicatione quæ civilis in rem actio eſt, nulla mentio hoc loco: ſed ideo, quia prioribus poſitis non fuit neceſſe. Nam ſi in iis actionibus in rem, quibus non petimus rem noſtram, ſed aliter ad ius noſtrum pertinentem, admittitur ea æquitas arbitrii & condemnationis, quam diximus: quanto magis intelligi debet admitti eam in eo genere, in quo rem noſtram petimus? Et vero in hac præcipue idem iuſſus de re reſtituenda, & re non ſecuta idem exitus condemnationis, ut explicatur in *d. L. qui reſtituere*, *D. de rei vind.* Atque hæc arbitrariarum actionum definitio eſt, & nota, ut ſint, in quibus condemnatio ex arbitrio iudicis pendeat, ut hoc loco definitur. Eſt igitur & hæc præcipue actio arbitraria. Proinde omnes in rem actiones arbitrariæ, ut propoſui.

X. De actionibus in perſonam, quæ ad earundem rerum reſtitutionem competunt, idem iudicandum eſt, dum, ut dixi, non ſint bonæ fidei. Indicatur id quoque aliquo modo hoc loco exemplis duarum actionum, quod metus cauſſa, & de dolo, quas Iuſtinianus aperte hic actionibus in perſonam ſubiicit, & conſtat competere, ut reſtituatur quod metu extortum, aut dolo expreſſum eſt, quarum exemplis & antea ſum uſus, & quam eſſent, dicerenturve arbitrariæ, oſtendi. Sed an hæ ſolæ ex hoc genere eſſent arbitrariæ, dubitari potuit: cum hæ propter metum & dolum qui intervenit, videri poſſent ſingularem quandam reſtitutionis æquitatem, & delicti coercitionem deſiderare. Verum ne dubitemus cæteras quoque in perſonam quæ ſunt ad reſtituendum, ſimiliter eſſe arbitrarias, facient exempla actionis rerum amotarum, item Favianæ de his quæ in fraudem patroni alienata ſunt. Rerum amotarum actio condictio eſt. *L. rerum*, 26. *D. rer. am.* proinde actio in perſonam. *§. appellamus. ſupra hic.* Favianam actionem in perſonam eſſe, non in rem diſerte ſcriptum eſt in *L. 1. §. hæc actio*, *D. quæ in fraud. patr.* Harum tamen in utraque traditur ſi res non reſtituatur, damnari reum, quanti actor in litem iuraverit. *L. ſi cum dos. §. 1. D. rer. am. L. tenetur*, 5. *D. quæ in fraud. pat.* Quo quidem non aliud ſignificatur, quam in

his id fieri, quod in cæteris actionibus arbitrariis fieri ſupra diximus, prius nimirnm iuberi reum rem reſtituere; ſi non reſtituit, litem adverſus eum æſtimari, quanti res eſt iureiurando ab actore æſtimata; quibus conditionibus iuſiurandum in litem deferri ſolet. *L. 1. L. 2. §. 1. D. de in lit. inr. L. arbitrio, D. de dol. L. qui reſtituere, D. de rei vind.* Atque hoc cum ſit, actio eſt arbitraria: hac enim de cauſſa actio quod metus cauſſa, & de dolo dicuntur hoc loco arbitrariæ. *d. L. arbitrio, D. de dol.* Confectum eſt igitur, quod poſui, omnes ad reſtituendum actiones, ſi bonæ fidei non ſint, eſſe arbitrarias.

XI. Si ſint bonæ fidei, ut poſſunt eſſe, qualis eſt commodati, depoſiti, locati; nihil vetat idem arbitrium de re reſtituenda prius interponi, ac niſi arbitrio pareatur, idem iuſiurandum in litem deferri actori. Immo vero in his quoque illo modo res tranſigi ſolet: eiuſque rei certum argumentum eſt, quod in his æſtimatur lis iureiurando in litem re non reſtituta. *L. 5. L. tutor, D. de in lit. iur. L. 3. §. in hac, D. com. L. 1. § in depoſiti, D. depo.* Non enim in actionibus, quæ ad reſtituendum ſunt, huic iuriiurando locus eſt, niſi ob contumaciam non reſtituentis, nec contumacia, niſi eius qui non paret iudicis arbitrio. *d. L. 1. L. 2. §. 1. de in lit. inr.* Sed ſit hoc totum natura & poteſtate harum actionum omnem ſpeciem æquitatis complectente. Sunt enim bonæ fidei. Bona fides cum ſummam æquitatem per omnia deſideret: *L. bona, D. dep.* nempe inter cætera hanc quoque ipſam æquitatem reſtitutionis & arbitrii exigit. Neque ideo dicendæ ſunt arbitrariæ: quia id non habent ex arbitrii conditione ſola. Aliter atque arbitrariæ actiones, quæ hanc unam fere habent ſpeciem æquitatis, ut arbitretur iudex primo fieri, quod rei petitæ conveniat, poſt deinde condemnet, ſi arbitrio non pareatur. Denique ſic fuit earum vetus formula, non ut iudex iudicaret in univerſum ex fide bona, ſed iuberetur arbitrari de eo quod petitum eſt, ſic deinde condemnare ſub conditione, *ſi ea res arbitrio iudicis non reſtituetur, exhibebitur. L. item ſi cum, §. pro eo autem, D. quod met. cau.*

XII. Quod ad actionem ad exhibendum attinet hæc genere & ſpecie una eſt. Habet enim omnis hanc cauſſam agendi communem, ſi actoris interſit rem exhiberi. *L. 3. §. ſciendum, D. ad exhib.* finem hunc & ipſum communem, ut res exhibeatur. Variis quidem de cauſſis poteſt accidere, ut interſit agentis rem exhiberi, quo nomine ad exhibendum agetur. *d. L. 3. §. eſt autem, D. ad exhib.* Sed hoc non magis facit plures ſpecies huius actionis, quam fiunt plures rei vindicationis ideo, quia dominium quod hanc actionem parit, contingere poteſt ex cauſſis variis rerum acquirendarum. Et ideo non ut in ſuperiore genere, quod eſt ad reſtituendum, Iuſtinianus dixit de pluribus eius generis actionibus eas eſſe arbitrarias, & certis exemplis uninſculuſque ſpeciei uſus eſt; ita in hoc ad exhibendum: ſed verbo generis rem complexus ſub appellatione ſingulari ait, ad exhibendum quoque actionem ex arbitrio iudicis pendere. Primum ut intelligeremus non eſſe hic quærendum, an omnes actiones huius generis eſſent arbitrariæ, cum una eſſet ad exhibendum actio, non generibus plures: deinde ut ſi forte occurrerent plures, ut poſſunt plures eſſe numero variis ex cauſſis natæ eius, quod agentis intereſt, ſciremus omnes eſſe arbitrarias; quia omnes eſſent unius generis & unius modi, quarum una æque eſſet ad exhibendum actio, atque altera: ut cum iiſdem cauſſis contineantur omnes, ſit & in omnibus eadem arbitrii æquitas, & iudicii conditio atque exitus. Dicitur autem & actio ad exhibendum ex arbitrio iudicis pendere, id eſt, eſſe arbitraria, quia & in hac fit idem, quod in ſuperioribus. Nam & hic reus contumax per in litem iuſiurandum petitori damnatur. *L. 3. §. præterea, D. ad exb. L. 2. §. 1. de in lit. iur.* Hoc autem fit eodem modo, quo ſupra. Poſtquam actor docuit ſua intereſſe rem exhiberi, iubetur exhibere: niſi exhibet, condemnatur quanti actor in litem iuraverit. Ita pendet hæc itidem condemnatio ex illo arbitrio iudicis.

XIII. De iis actionibus in perſonam, quibus agitur, ut quid ſolvatur, ſolæ hæ ſunt arbitrariæ, quibus petitur, quod certo loco dari debet, cum alio loco agitur: quod conceſſum eſt *§. loco infra eod. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. prom. L. 1. D. de eo quod cer. loc.* Si quidem certo loco promiſſum ſit, nempe ſtipulanti, ut ſit ex ſtipulatu actio, ius certum, *d. L. 1. de eo quod cer. loc. d. §. loco infra* de quo ideo & hoc loco ſcriptum eſt. Sed nihilominus etſi quid debeatur certo loco aliter quam ex ſtipulatione, idem iuris eſt; veluti ex teſtamento, aut ex mutui cauſſa. *L. ſi heres. L. ſeq. D. de eo quod cer. loc.* Aliam huius generis actionem arbitrariam non

agno-

agnoſcimus. Quid tamen de redhibitoria dicemus? Nam & ea id agi conſtat, ut pretium reddatur emptori, & ut edictum ædilicium loquitur, ut ſolvatur. *L. ædiles etiam*, §. *ult. L. redhibitoria*, *D. de æd. ed.* Et tamen hanc actionem eſſe arbitrariam ex eo intelligere poſſumus, quod huius condemnatio dicitur pendere ex arbitrio iudicis, ſi pecunia ſoluta non erit a venditore, aut emptor qui eo nomine obligatus erat, non liberatus. *d. L. redhibitoria*, *d. L. ædiles etiam*, §. *ult.* Dicemus, ſi redhibitionis nomine agatur ex empto, ut poteſt. *L. ex empto*, §. 1. *D. de act. em.* non eſſe hanc arbitrariam, etſi maxime præcedat arbitrium & iuſſus aliquis iudicis condemnationem. Eſt enim actio ex empto bonæ fidei. §. *actionum autem ſupra hic*. Iam autem oſtendimus quæ actiones ſunt bonæ fidei, eas non eſſe arbitrarias. Sin tanquam ex edicto Ædilium agitur actione in factum, quales ſolent eſſe actiones ex edictis prætorum, & hanc talem eſſe conſtat: *L. quod ſi*, §. *in factum*, *D. de æd. ed.* non negabimus eſſe arbitrariam: quod pluribus oſtendi in commentario de ædilicio edicto. Neque ideo ſuperiora mutamus. Non enim redhibitoria ea parte arbitraria eſt, qua id agitur, ut pecunia ſolvatur, cuius pecuniæ condemnatio ſemper una & certa eſt: ſed qua parte id agitur, ut liberetur emptor, uti eodem edicto cautum eſt. Tunc enim huc ſpectat actio, ut reſtituatur emptori ſua libertas, quæ illi per cauſſam vitioſi mancipii venditi ablata eſt. Iam autem dixi omnem actionem ad reſtituendum, ſi bonæ fidei non ſit, eſſe arbitrariam.

XIV. De uno genere hic dubitatur, noxali actione videlicet, id eſt, ea quæ ex maleficio ſervi adverſus dominum competit, ut is damnatus vel litis æſtimationem ſufferat, vel ſervum noxæ dedat. *L. 1. D. de nox. act. infra eod. tit.* in pri. Hanc quoque eſſe arbitrariam Iuſtinianus hoc loco aperte ſcribit, cum eam cæteris annumerat eodem contextu: cum ait denique etiam huius condemnationem pendere ex arbitrio iudicis, & ſequi, niſi dominus cum quo agitur condemnatus, aut ſolvat, aut ex noxali cauſſa ſervum dedat. Atqui non eſſe hanc arbitrariam, hoc exemplo convincitur, ſi proponas agi noxali actione de damno a ſervo dato. Non enim poteſt dici hoc caſu actio eſſe arbitraria, niſi aut condemnatio huius iudicii arbitrio iudicis committitur, ut fit in actione arbitraria de eo quod certo loco promiſſum eſt, *L. 3. de eo quod cer. loc.* aut arbitrium & iuſſus iudicis condemnationem præcedit, quam deinde ſequatur condemnatio in æſtimationem damni. Horum neutrum fit in hac actione. Nam primum hic iudici præſcribitur iure, quam ſententiam ferat; ut dominum ſcilicet in decem, aut ſervum noxæ dedere condemnet. *infra de off. iud.* in pr. Quod neceſſe habet facere iudex, id eius poteſtati & arbitrio non ſubiicitur. *L. verbum oportere*, *D. de verb. ſignif.* Hoc amplius ibidem & ſtatim iubetur iudex ita dominum condemnare, poſtquam probatum erit ſervum damnum dediſſe. Quæ res adimit omnem arbitrii prius interponendi facultatem, cui parendo liceat hanc condemnationem evitare, ut fit in actionibus arbitrariis. Non eſt igitur ſine dubio ex hac cauſſa actio noxalis arbitraria, aut pendens ex arbitrio iudicis. Quod & verum eſt: nec contrarium ſcribit Iuſtinianus. Quemadmodum enim cum dicit inter cætera condemnationem pendere ex arbitrio iudicis, id eſt, actionem eſſe arbitrariam, ſi is cum quo agitur non ſolvat, non ſic accipiendum eſt, ut velit omnem actionem ad ſolvendum eſſe eiuſmodi, ſed aliquando, ut cum agitur alio loco de eo, quod certo loco dari oportet: ita & cum in noxali cauſſa idem evenire dicit, ſic accipere debemus, ut ea actio aliquando ſit arbitraria, non ſemper, neque ex omnibus cauſſis. Animadvertendum eſt enim Iuſtinianum initio, quo loco actiones arbitrarias proponit, de his exempli cauſſa dicere, non autem definire in univerſum, quæ ſint actiones arbitrariæ. Et res ita habet. Interdum noxalis actio arbitraria non eſt; interdum eſt arbitraria. Ex quibus cauſſis ſi ex maleficio domini adverſus dominum agatur, actio arbitraria non eſt, ex iiſdem cauſſis ſi ob maleficium ſervi adverſus dominum noxali agetur, noxalis actio non erit arbitraria: optima ratione, quia in noxali actione eadem domini condemnatio eſt, quæ in directa, niſi quod in noxali hæc diſiunctio eſt, ut dominus ſolvat, aut ſervum noxæ dedat. *d. tit. de off. iud.* in pr. At hoc ſit ſimul & coniunctim. Unde eveniet, ut ſi de æſtimatione damni nullum arbitrium iudicis præcedit, ne præcedat quidem de noxæ deditione, cuius præſtatio eodem tempore iniungitur: proinde & tota condemnatio in hac actione ſtatim & eodem tempore ad damni æſtimationem, aut noxæ deditionem conferatur. Accidit hoc in iis actionibus ex maleficio, ex quibus pecunia ſolum petitur, ut legis Aquiliæ de damno dato,

to, furti; iniuriarum. Contra ſi quibus ex cauſſis dominus ex maleficio ſuo conventus teneatur arbitraria, ex iiſdem cauſſis conventus ex maleficio ſervi, noxali actione tenebitur, ſimul & arbitraria: ſcilicet ut arbitrium quod in directa actione adverſus dominum contiueret iuſſum de re ſola reſtituenda: hoc in noxali itidem præcedat de ea re, ſic tamen ut ſimul coniunctum habeat iuſſum de ſervo noxæ dedendo ſub diſiunctione, ut dominus rem reſtituat, vel ſervum noxæ dedat. Quod ſi neutrum fecerit, tum condemnetur in litis æſtimationem, qualis adverſus eum futura eſſet ſuo nomine. Finge ſervum metum adhibuiſſe, & per vim quid abſtuliſſe. Erit eo nomine quod metus cauſſa actio adverſus dominum noxalis. *L. quod dicimus, D. quod met. cau.* Hanc vero arbitrariam eſſe intelligimus, id eſt, iudicis officium in ea tale eſſe, ut primum arbitretur, & iubeat iudex dominum rem a ſervo extortam reſtituere, aut ſervum noxæ dedere diſiunctim. Quod niſi dominus faciat, tum is in quadruplum condemnetur; quæ condemnatio eſt eius actionis propria.

Curare.

§. XXIII.

Sententiam certam ferri debere, definitio quam appoſite ſubiecta hoc loco, & quam hic ſententiam habeat. I.
Curare debere neceſſitatis. II.
Sententia incerta cur non valeat. III.
Certa ſententia quæ. IV.
Id quod intereſt, incertum: peti id omnibus iudiciis ubi quid fieri debuit. Hic tamen ſententiam certam ferri debere. V.
Incertam ſententiam interdum ferri neceſſe eſſe, ac tum valere, & ubi id accidat. VI.

Curare autem debet iudex, ut omnino quantum poſſibile ei ſit, certæ pecuniæ vel rei ſententiam ferat: etiam ſi de incerta quantitate apud eum actum eſt.

I. NON temere eſt, quod de certa ſententia ferenda, hoc loco ſuperiori diviſioni actionum ſubiicit. Nam in bonæ fidei actionibus dixerat permitti iudici æſtimare quantum alterum ex litigatoribus alteri præſtare oporteret ex æquo & bono. *§. in bonæ ſupra.* Et in actionibus arbitrariis prope idem proxime ſtatuerat; iudici videlicet permitti æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat. Quibus verbis ſatis intelligitur, ſi quæ hic iudex æſtimet, hæc eum certa facere debere, & ſententia ſua ita complecti. Neque enim æſtimat iudex, niſi quod præſtetur, ſeu quo ſatisfiat alteri. Neque vero præſtari poteſt, niſi certum; nec ſatisfieri alteri niſi re certa. Sed quia permittendi verbo uſus erat, quo verbo res poteſtati iudicis ſubiicitur, non iuris neceſſitati, *L. non quidquid, D. de iud. L. 1. C. quom. & quand. iud.* & præterea hanc æſtimationem tribuerat ſuperioribus tantum duobus iudiciis, bonæ fidei, & arbitrariis; tria hinc nata ſunt circa hanc æſtimationem, de quibus dubitaretur. *Primum*, an etiam in ſupraſcriptis judiciis iudex in re æſtimanda certam ſententiam, id eſt, certæ rei & quantitatis ferre deberet. *Alterum*, an in his ſolum certam ſententiam ferre, an vero etiam in omnibus. *Tertium*, an & tunc, cum de incerta quantitate apud eum actum eſt. Quæ cum ex proximis definitionibus naſcerentur, commodum ſubiecit Iuſtinianus de certa ſententia ferenda, quod ut ad eas dubitationes dirimendas, ſic ad omnia judicia pertineret, atque ita definit. Quidquid de poteſtate æſtimandi iudici in ſuperioribus iudiciis duobus permiſſa diximus: ſciendum eſt iudicem curare debere, ut in his certam ſententiam ferat: nec in his tantum, ſed facere id debere omnino, vel ut in aliis exemplaribus legitur, *omnimodo*. Quod ſic interpretandum eſt, ut debeat in univerſum & ſine exceptione in judiciis omnibus tum ſtricti iuris,

tum

tum ſuperioribus: denique ubicumque ſententiam feret. Neque ſolum debere tunc id ſacere, cum res aut quantitas certa petita eſt, ſed etſi de in certa quantitate apud eum actum ſit: cum hac tamen exceptione, quatenus fieri id poſſit. Quæ huius loci ſententia eſt, cumque ad omnes actiones pertineat, quam recte tamen cohæreat cum præcedentibus, & quam apte, quamque prope neceſſario hoc loco inſeratur, apparet.

II. Ait, *curare debet iudex, ut certam ſententiam ferat*. Præceptum hoc eſt, non ſimplicem admonitionem continens, quomodo quam optime iudex ſe gerat in ſententia ferenda, ſic tamen, ut ſi forte ſecus ſaciat, ſit impune; ſed rem neceſſitati iuris ſubiiciens: ut, cum alibi dicitur iudicem obſervare debere, ne aliter iudicet, quam iure proditum eſt: ubi certum eſt hoc exigi, ut ſaciat, alioqui ratum non ſit, quod dixerit. *tit. de off. iud.* in pr. *infra*. In propoſito autem adeo neceſſe eſt, ut iudex certam ſententiam ferat, ut niſi ſaciat, ſententia non valeat ipſo iure, nec rei iudicatæ habeat auctoritatem. *L. pen. L. ult. C. de ſen. quæ ſine cer. quan. prof. L. in ſententiis, D. de re iud.*

III. Merito; nam nec res iudicata eſt, cum ſententia ſine certa re aut quantitate profertur: ſi quidem ea res iudicata eſt, quæ finem accipit controverſiarum ſententia iudicis. *L. 1. D. de re iud.* Non imponit autem finem controverſiæ ea ſententia, cuius ex conceptione non apparet, quid, quantumve præſtandum ſit, de quo quærebatur. Hæc ſententia iuris, certam ſententiam ferri debere, generalis eſt non ad unum genus actionum pertinens, ſed ad omnia quibus id agitur, ut reus ad aliquid præſtandum damnetur. *d. L.* pen. & ult. *C. de ſent. quæ ſin. cer. quan. d. L. in ſententiis, de re iud.* ut ſi de certitudine ſententiæ ferendæ quæritur, dubitari non debeat, quin ad omnes omnino actiones pertineat huius loci definitio.

IV. Certam tamen ſententiam intelligere debemus non eam tantum, quæ verbis certam rem aut ſummam expreſſam habet; ſed etiam quæ rem aut ſummam non exprimens, tantum demonſtrat ex loco certo, ubi ea res aut ſumma certa continebatur: ut ſi dicat iudex, ſolve quod petitum eſt, cum certum petitum eſſet, idque ex actis conſtaret: ſolve quod illis codicillis continetur, cum codicilli in iudicio eſſent prolati. *L. in ſententiis,* in fin. pr. *L. pen. C. de ſent. quæ ſin. cert. quantit.*

V. Ait, *etiam ſi de incerta quantitate apud eum actum eſt*. Additum propter obligationes ſaciendi, in quibus ſi factum non ſit quod debuit, obligatio & petitio eſt in id quod actoris intereſt. *L. ſi pœnam L. ſtipulationes non*, verſ. *Celſus. L. quoties quis, D. de ver. ob. L.* 1. in pr. *D. de act. em.* Id autem quod intereſt, incertum. *d. L. ſi pœnam, D. de verb. obl. §. ult. Inſt. eod. L. ult. D. ſi quis in ius voc, non ier.* de quo ſcripſi ad *d. L. ſi pœnam*. Hoc ergo Iuſtinianus vult intelligi, etſi in id quod intereſt actum ſit, cuius quantitas incerta eſt, nihilominus iudicem prius cognoſcere debere, quanti interſit actoris, & quantum id eſſe cognoverit, tantum ſententia complecti, & in eam ſummam reum condemnare; ut fieri debere præcipitur in *L. unica, C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* Si condemnaverit his verbis, ſolve Titio quanti eius intereſt, nihil egit, tametſi id dixit, quod petitione continebatur. *arg. in d. L.* pen. & ult. *C. de ſent. quæ ſine cer. quan. prof.* Neque vero metuemus, ne cum iudex de incerta quantitate eius quod intereſt aditus, in certam quantitatem reum condemnaverit, videatur in aliam rem condemnaſſe, quam petita eſt, contra *L. ult. C. de ſid. lib.* Nam & cum certam ſummam dicit iudex eius quod intereſt, non aliam rem dicit, ſed eam quæ petita erat, explicat, nihilominus ut dicat eandem, quam actor intelligi voluit; ut de frumento commodiſſime dictum eſt a veteribus, eum qui excuſſit frumentum ex ſpicis, non novam ſpeciem facere, ſed eam quæ eſt, detegere. *L. adeo, §. cum quis ex aliena,* in fin. *D. de acq. rer. do.* Animadvertendum eſt autem vel hanc ipſam adiectionem facere, ut definitio huius loci referri debeat ad omnes actiones; arbitrarias quidem certe, de quibus egit proxime; ſed non minus ad eas, quæ ſunt bonæ fidei, & quæ ſtricti iuris. Quid enim, an dubitamus in his iudiciis poſterioribus de obligationibus faciendi ſæpe agi, & venire in iudicium id quod intereſt, id eſt, rem incertam? Actio ex empto bonæ fidei actio eſt. *§. actionum, ſupra.* Si tamen res vendita non tradatur, in id quod intereſt agitur. *L. 1.* in pr. *D. de act. em.* Actio ex ſtipulatu ſtricti iuris. *L. 5.* in fin, iuncta *L. alias, ſeq. D. de in lit. iur.* Et quis ignorat in ſtipulatum ut plurimum deduci, ut quid fiat; & ſi id factum non ſit, venire incertum, id eſt, id quod intereſt? *d. §. ult. Inſt. de verb. obl. L. ſi pœnam,*

nam, *D. eod. L. ult. D. ſi quis in ius voc. non ier.* Quinimmo cum ex ſtipulatione duæ ſint actiones, condictio certi, & ex ſtipulatu: ex ſtipulatione certa certi condictio eſt; nunquam ex ſtipulatu niſi ex incerta ſtipulatione, *ſupra de verb. obl.* in pr. Quare ſi in omnibus actionibus certa ſententia eſſe debet, & omnes admittunt, ut de incerta quantitate agi poſſit: dubitandum non eſt, quin definitio huius loci utrumque complexa ad omnem actionem, non ad proximum tantum genus debeat referri.

VI. Ait, *quantum poſſibile ei ſit*. Quo ſignificatur non omnem ſententiam quæ fertur ſine certa re, aut quantitate non valere; ſed tunc, cum natura rei patitur, ut certa ſententia ferri poſſit: cæterum & tunc valere, cum per rei petitæ naturam non licet iudici aliam ſententiam ferre, quam incertam. Quando autem certam ſententiam ferre poſſit iudex, quando non poſſit, ſi quæritur, ita recte definiemus, ſemper certam ſententiam ferri poſſe a iudice, niſi eum rei petitæ præſtatio pendet ex electione debitoris: quod accidit in pluribus rebus disiunctim, aut generaliter promiſſis, ut declaratur in §. *ſi quis agens*, verſ. *huic autem & ſeq. infra eod.* In his eum ſit debitoris electio, placet quoque talem actoris petitionem eſſe debere, ut eodem modo petat, quo ſtipulatus eſt, id eſt, disiunctim Stichum, aut decem, aut generaliter hominem, ut ibidem ſcriptum eſt. In huiuſmodi vero petitione fieri non poteſt, quin eadem ſit condemnatio iudicis, id eſt, incerta, ne in unam rem certam promiſſorem condemnando adimat ei electionem, quam & ſtipulatio, & petitio actoris illi tribuit: de quo ſcripſi *ad L. qui ex pluribus*, 106. *D. de verb. obligat.*

Si quis agens, uſque ad §. ſi minus.

§. XXIV.

De plus petitionibus hoc loco agendi occaſio, & totius loci ſumma. I. II. III.

Si quis agens, in intentione ſua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, cauſſa cadebat, id eſt, rem amittebat: nec facile in integrum, reſtituebatur a prætore, niſi minor erat vigintiquinque annis. Huic enim, ſicut in aliis cauſſis cauſſa cognita ſuccurrebatur: ſi lapſus iuventute fuerat; ita & in hac cauſſa ſuccurri ſolitum erat. Sane ſi tam magna cauſſa iuſti erroris interveniebat, ut etiam conſtantiſſimus quiſque labi poſſet: etiam maiori vigintiquinque annis ſuccurrebatur, veluti ſi quis totum legatum petierit: poſt deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta ſit, aut quibuſdam aliis legata data ſint, quæ efficiebant, ut plus petiiſſe videretur petitor, quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur.

I. Superioribus diviſionibus cum docemur, quid & quantum quaque actione petere poſſimus, eadem opera hoc docemur, neminem recte agere, niſi qui petit, quod debetur, & quantum debetur. Hinc quæſtio, ſi actor in agendo non ſervarit hanc legem, ut ſolum peteret, quod quantumve debetur, an impune id faciat, necne. Ideo peropportune ea quæſtio poſt ſuperiores diviſiones expoſitas hoc loco a Iuſtiniano explicatur, pertinetque ea tractatio uſque ad §. *ſunt præterea*, *infra*. Eſt autem totius diſputationis hæc ſumma. Ei qui ſuperiorem legem non ſervarit, interdum petitio nocet, interdum non nocet: Id accidit ex eo, quod contra eam legem fit non uno modo, neque omnes modi eodem iure tenentur. Aut enim plus petitur quam debetur, aut minus, aut aliud. De prima ſpecie agit Iuſtinianus in §. *ſi quis agens*, *uſque ad* §. *ſi minus:* ibi deinceps, de duabus poſterioribus. Si quis plus petit, quam debetur, non modo non conſequitur, quod petit; ſed eſt etiam pœna adverſus eum eo nomine conſtitu-

ſtituta, ut diſcant omnes ius ſuum prius diligenter explorare, & temperare ab iniuria; certe falſo & inani iudicii metu non creare aliis moleſtiam. Hæc pœna olim alia fuit, alia nunc eſt. Sic olim; qui plus petebat, & ut Iuſtinianus hoc pluribus explicat, ſi quis agens intentione ſua plus complexus eſſet, quam ad eum pertineat, cauſſa cadebat, id eſt, rem amittebat: *hoc* in pr. *idem in L. ſi pater*, 36. *D. de ſol.* Eratque hæc cauſſæ amiſſio eiuſmodi, ut adverſus eam nemo reſtitueretur a prætore, niſi ex iis cauſſis, quæ iure communi etiam in aliis rebus præberent in integrum reſtitutionem. Minor potuit reſtitui ob ætatem ex edicto generali de minoribus. *L.* 1. *D. de min.* Maior, ſi iuſta facti ignorantia factum eſſet, cur putaret plus ſibi deberi, quam vere debebatur: ex illa parte edicti de maioribus reſtituendis; *item ſi qua alia mihi iuſta cauſſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam*, ut ſcire licet ex *L.* 1. in fi. *L. ſed etſi*, §. *ult. D. ex quib. cau. ma.*

II. Neque hæc pœna ſolum adverſus eum, qui re plus petiiſſet, veluti pro decem aureis viginti: ſed etiam qui plus petiiſſet quovis modo. Quid ergo, quæreret aliquis, aliis quoque modis plus petitur, quam aut plures res, aut maiorem quantitatem petendo, quam debetur? Sane aliis: & iu ſumma plus petitur quatuor modis, ut docet, & commode explicat iu §. *plus autem*, & deinceps, re, tempore, loco, & cauſſa, *Re*, cum re aliqua certa, aut certa quantitate debita, plures res aut maior quantitas petitur. *Tempore*, cum quod in diem aut ſub conditione debetur, ante tempus petitur. *Loco*, cum quod ut certo loco detur, cautum eſt vel ſtipulatione, vel conſtituto, vel teſtamento, id alio loco petitur ſine loci adiecti commemoratione: nam ſi loci conſtituti mentio fiat, licet alio loco petere, conſtituta in eam rem actione arbitraria, quæ iniuriam mutati loci prohibeat. *Cauſſa*, cum ex pluribus rebus aut certis diſiunctim, aut infinite & generaliter promiſſis, actor unam aliquam certam petit auferens reo electionem, quæ in hoc genere illi tribuitur; ut cauſſa hic ſignificat ſpeciem & figuram promiſſionis. De ſuperiore electione ſcripſi ad *L. qui ex pluribus*, 106. *D. de verb. obl.* Quibuſcunque, inquam, modis ex his quatuor plus petitum eſſet, ea erat pœua plus petitionis, quam ſupra diximus.

III. Sed hæc olim. Ab ea receſſum eſſe docet in §. *ſed hæc quidem*, idque partim Zenonis conſtitutione, partim ſua: ſic tamen, ut alia nunc quoque relinquatur, ſed non ita gravis. Zenonis conſtitutio fuit de iis, qui tempore plus peterent, nec quidquam de ea amplius notat Iuſtinianus in *d.* §. *ſed hæc quidem.* Sed quid illa caverit, exponit pluribus in §. *hodie, infra de excep.* Summa autem hæc, ut adverſus eum qui ante tempus petiit, duplicentur reo induciæ temporis: quibus finitis non ante reus actionem ſuſcipere cogatur, quam impenſæ præcedentis litis ei depenſæ fuerint. De cæteris qui alio quovis modo plus peterent, quam tempore, cavit Iuſtinianus, atque hanc pœnam ſtatuit, ut ſi quid ſit ex ea petitione damni adverſario, id ei ſarciatur, addita tripli pœna de eo, quod ob maiorem quantitatem libello conventionis comprehenſam viatoribus præſtare coactus eſſet; de qua pœua in §. *tripli*, §. *eod.*

Plus

Plus autem,

§. XXV.

Ante conditionem de qua incertum eſt, an ſit exſtitura, ſi quis peteret olim, enm non eſſe dictum plus petere, nec rem amiſiſſe. I.
Ante diem qui agit, dictus a veteribus male agere, ante conditionem qui agit, dictus nihil facere: cur, & quo id ſpectet. II.
Ante conditionem agendo non amitti rem, quæ nulla adhuc eſſet, etiam ſi maxime poſtea conditio extitiſſet. III.
Ante conditionem agens quod hic dicitur tempore plus petere, & rem amiſiſſe, intelligendum de ea conditione, quæ certo exſtitura ſit. IV.
Ante diem qui petit, licet eam tantum ſummam quæ debetur, cur dicatur tempore plus petere. V.

Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco, & cauſſa. Re: veluti ſi quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit: aut ſi is, cuius ex parte res eſt, totam eam, vel maiorem partem ſuam eſſe intenderit. Tempore: veluti ſi quis ante diem, vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius ſolvit, quam ſolvere deberet, minus ſolvere intelligitur: eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur.

I. TEmpore; *veluti ſi quis ante diem, vel ante conditionem petierit.* Plus petit, quam debetur, ſine controverſia, qui ante diem petit: quoniam quod in diem eſt, etiam ante diem debetur, ſive conventione promiſſum ſit, ſive teſtamento relictum. *§. omnis, ſupra de verb. ob. L. cedere, D. de verb. ſig. L. 5. D. quan. di. leg. ced.* At quod debetur ſub conditione, ante conditionem exſiſtentem nec debetur. *d. L. cedere, de ver. ſig. d. L. 5. quan. di. leg. ced.* Quomodo igitur ante conditionem agendo dicatur creditor plus petere debito, cui omnino nihil debetur? Hæc res nos admonet, ut quæramus, an de omni conditione hic locus, an potius de certo genere, & de quo poſſit accipi. Et res ita habet, ut de ea conditione de qua incertum ſit, exſiſtat, necne, accipi nec debeat, nec poſſit Meminiſſe enim oportet pœnam hic eſſe ſtatutam iis, non qui peterent aliquid, cum his nihil deberetur: ſed qui peterent plus quam deberetur, & ut Iuſtinianus proponit in *§. ſi quis agens*, plus quam ad eos pertineat. Unde & *hoc §.* is dicitur re plus petere non cui nihil debetur, & tamen petit; ſed qui pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit. Atque hic etiam conſtitit reſponſi ratio in ea quæſtione, quæ proponitur in *L. ſi pater, 36. D. de ſolut.* dum in ea ſpecie, in qua filius patri relicta eius uxore prægnante heres, totum quod patri debebatur, petiiſſet, quidam putabant eum nihil conſumpſiſſe, quaſi heres eſſet ſub conditione, qua pendente nihil deberetur. Iulianus autem putabat eum amiſiſſe partem eam pro qua heres fuiſſet, quia conſtaret eum ex aliqua exſtitiſſe, etſi poſtea quæreretur, ex quota. Cum autem pars ei debita eſſet, pars non eſſet, utpote pendente eius partis conditione, evenire, ut intelligeretur plus petiiſſe debito, quæ res pœnæ plus petitionis locum faceret. Sic tamen, ut utraque ratione declaretur eum cui nihil debetur, cum petit, ſi quid petat de eo quod forte futurum ſit poſtea, nihil amittere. At cui debetur ſub conditione, iam ante oſtendi huic ante quam conditio exſtiterit, omnino nihil deberi. Qui igitur petit ante conditionem, quæ modo vera ſit conditio, ad hanc pœnam non pertinet. Præterea pœna plus petitionis aperte adverſus eos eſt, qui petunt, eoque qui faciunt quid; denique qui faciendo delinquunt; non eſt enim pœna, niſi delicti pœna *L. aliud eſt fraus, D. de verb. ſignif.*

II. Quod ſane de his recte dici poteſt, qui quod ipſis debetur in diem, ante diem petunt; ſubeſt enim debitum, quod petant. Unde & hi ante diem petendo dicuntur a veteribus agere quidem, ſed male & perperam agere, iure his ante tem-

pus

pus actionem denegante. *L.* 1. in fin. *D. quan. di. uſ. leg. ced. L.* 2. *§. qui ita*, *D. de eo quod cer. lo.* At non idem dici poteſt de iis, qui petunt ante conditionem. Cum enim his nihil debeatur, nihil habent, quod in iudicium deducant. Idque iidem illi veteres confirmant. Hinc enim illud Scævolæ, *eum qui ante diem agit, male agere; eum autem qui ante diem cedentem agat, quod ſit pendente conditione, nihil facere*. d. *L.* 1. in fin. *quan. di. uſ. leg. ce.* Quapropter utraque de cauſſa qui ante veram conditionem petunt, pœna plus petitionis non tenentur. Neque vero dubitandum eſt, quin hoc Scævola & veteres ſenſerint, cum eum cui debetur in diem, ab eo cui debetur ſub conditione in agendo ita diſtinguunt, ut illum male agere dicerent, hunc nihil facere. Neque enim hoc diſcrimen ad effectum agendi referri oportet: quoniam effectu tam nihil agit, qui ante diem petit, quam qui petit ante conditionem: pariter enim ambo removentur, ille vel iure ipſo ſtipulationis, quem diem incluſum habet, vel exceptione pacti ſi convenerit, ne ab eo intra certum tempus peteretur. *§. temporales, infra de exc.* Reſtat igitur, ut quod hic ad ius actoris non pertinet, ad pœnam eius relatum intelligatur; aut ſi certius quid volumus, intelligatur relatum ad ius aliquod eiuſmodi, in quo quærendum ſit, utrum actor petendo quid egerit, quanvis male, an nihil egerit. Quod quidem niſi ad ius de pœna plus petentium, in quo idipſum quæritur, referri non poteſt.

III. Poſtremo adverſus eum qui plus petiit, videndum eſt, quæ ſit pœna. Nempe hæc, ut qui petiit, rem amitteret olim, quam ideo conſumebat, quia in iudicium deduxiſſet, ut in pr. *§. ſi quis agens, ſupra.* & *§. temporales, infra de exc.* At is poteſt deducere, & amittere, cui quid debetur: cui autem nihil debetur, ei nihil eſt, quod poſſit in iudicium deduci, aut amitti. Quare nec is cui debetur ſub conditione, ante conditionem agendo, quo tempore nihil ei debetur, quidquam amittere potuit: proinde nec pœna iſta plus petitionis ullo modo ad eum pertinuit. Nihil ad rem facit, quod forte poſtea conditio extiterit, quo facto retroverſus a principio interpoſitæ ſtipulationis pecunia deberi exiſtimatur. *L. potior. D. qui pot. in pig. L. neceſſario*, illic, *idem Pomponius, D. de per. & com. rei vend.* Non enim eo minus verum erit eo tempore inſpecto, quo ante conditionem actum eſt, actum eſſe de eo quod nullo modo debetur. Et nos in pœna vetere plus petitionis ſpectamus id tempus, quo quis petiit, non quod poſtea ſecutum eſt. Ad eum enim qui petit, verba huius iuris diriguntur. Quapropter quod hic dicitur eum tempore plus petere, qui petit ante conditionem, ſciamus, ut propoſui, de ea conditione accipi non poſſe, quæ an impleatur, incertum eſt, qua pendente nihil debetur.

IV. Reliquum igitur, ut de ea accipi debeat, quæ omnimodo extitura ſit; veluti, ſi quis ſi morietur, vel cum morietur dare promiſerit, & ſtipulator vivo promiſſore agat. Nam & quod hac conditione promiſſum eſt, pendente quoque ea debetur; unde & ante ſolutum repeti non poteſt. *L. nam ſi cum*, 17. *L. quod ſi ſeq. D. de cond. ind.* At enim nihil hic diſtinguitur de conditione. Quinetiam cum hic ſimpliciter nominetur conditio, ea potius videatur intelligi debere, quæ vere conditio eſt, quam quæ minus proprie eſt conditio, ut ubique quoad poteſt verbis, & maxime ſignificationi propriæ ſerviatur, ut præcipitur in *L.* 1. *§. licet*, in fin. *D. de exer. act. L. non aliter*, *D. de leg.* 3. Sed ibidem adiicitur id faciendum in re dubia, & niſi appareat aliud ſenſiſſe ſcriptorem. Hic autem ex propoſitione ſatis intelligitur, de quo die, & de qua conditione definitionem accipere debeamus. Propoſitio eſt de eo, quod plus petitur tempore, id eſt, ita petitur ante tempus, ut peti quidem iure non poſſit, debeatur tamen. Nam ſi in eo nihil eſt quod debeatur, quomodo dici poſſit quidquam plus quam debeatur, peti? Quamobrem ut definitio conveniat propoſitioni, neceſſario ita accipienda eſt, ut dicatur plus peti tempore, veluti ſi quis petierit ante diem, vel ante conditionem; intellige, quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici poſſit ante agendo plus peti, quam debeatur, de quo nunc agitur. Niſi id fit, inducitur abſurda definitio, & quæ definito ipſo refellitur, ſtatuens illic plus peti, ubi plus non eſſe conſtat. Inducitur definitio veterum ſententiæ repugnans, ut quæ definiat eum qui ante conditionem petat, male agere, eoque incidere in pœnam plus petentium: cum veteres ſtatuant eum nihil facere, aliter atque eum qui ante diem agendo male agit. Scimus autem ſemper legem ita accipiendam eſſe, quoad fieri poteſt, ut vitio careat. *L. in ambigua, D. de legib.* Id quod in propoſita definitione ex ſtructura orationis tanto facilius admittendum eſt, quam in cæteris, quod hic appa-

apparet rem non definiri ex profeſſo, ſed exemplum ſubiici earum rerum, in quibus eveniat, ut plus petatur tempore. Ait enim Iuſtinianus, tempore; veluti ſi quis ante diem, vel ante conditionem petierit. Quod cum exempli loco dicatur addita particula veluti, quadrabit recte exemplum, ſi in his aliquando eveniat, ut tempore plus petatur, etſi non ſemper.

V. *Qua enim ratione qui tardius ſolvit*. Qui ante diem petit, prima facie non videatur plus petere, ſi maiorem ſummam non petat, quam quæ in obligationem deducta eſt. Ubi enim illud plus, dixerit aliquis, eadem illa ſumma, non maiore inducta? Ergo id declarat Iuſtinianus, & oſtendit ante diem agendo plus peti videri hac ratione, quod qui tardius ſolvit, quam ſolvere deberet, minus ſolvere intelligitur. Bene hæc comparat, & eadem ratione conſtare dicit. Cur enim tardius ſolvendo intelligatur debitor minus ſolvere, hæc ratio eſt, quod in re debita præter rem ipſam eſt etiam fructus quidam & interuſurium pecuniæ, atque hoc debitor adimit creditori, cum non patitur pecuniam ſuo tempore venire ad creditorem, quam apud illum eſſe conveniebat. Ergo & creditor ante diem agendo ideo plus petit, quia intentione ſua adimit, quod in ſe eſt, debitori hoc ipſum interuſurium, quod propter dilationem illi conceſſam penes eum ut pecuniam ipſam manere oportebat. Et in ſumma penes quem pecunia eſſe debet, penes eum eſſe debet & pecuniæ fructus. Quare qui pecuniam debitam non patitur eſſe apud eum, apud quem eſſe debet, ſimul etiam ei pecuniæ fructum adimit: debitor creditori ſuo tempore non ſolvendo, quod debuit: creditor debitori ante tempus exigendo, quod apud debitorem manere oportuit. In quo aperte plus petitur.

Loco plus petitur.

§. XXVI.

Alio loco petendi quod certo loco promiſſum eſt, cur facultas data, & quatenus ſine iniuria. I.

Loco plus petitur: veluti cum quis id, quod certo loco ſibi dari ſtipulatus eſt, alio loco petit ſine commemoratione illius loci, in quo ſibi dari ſtipulatus eſt: verbi gratia, ſi is, qui ita ſtipulatus fuerit, EPHESI DARE SPONDES? *Romæ pure intendat ſibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur: quia utilitatem quam haberet promiſſor, ſi Epheſi ſolveret, adimit ei pura intentione. Propter quam cauſſam alio loco petenti arbitraria actio proponitur: in qua ſcilicet ratio habetur utilitatis, quæ promiſſori competitura fuiſſet, ſi illo loco ſolveret, quo ſe ſoluturum ſpopondit. Quæ utilitas plerunque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento; quæ per ſingulas regiones diverſa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus ſub eiſdem uſuris fœnerantur. Si quis tamen Epheſi petat, id eſt, eo loco petat, quo ut ſibi detur ſtipulatus eſt: pura actione recte agit. Idque etiam prætor monſtrat, ſcilicet quia utilitas ſolvendi ſalva eſt promiſſori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus eſt is, qui cauſſa plus petit: ut ecce, ſi quis ita a te ſtipuletur,* HOMINEM STICHUM, AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES? *deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere ſtipulationis promiſſoris eſt electio, utrum pecuniam, an hominem ſolvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum ſibi dari oportere intendit, eripit electionem adverſario: & eo modo ſuam quidem conditionem meliorem facit, adverſarii vero ſui deteriorem. Qua de cauſſa talis in ea re prodita eſt actio, ut quis intendat hominem Stichum, aut aureos decem ſibi dari oportere: id eſt, ut eodem modo peteret, quo ſtipulatus eſt. Præterea ſi quis generaliter hominem ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Stichum petat: aut generaliter vinum ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Campanum petat: aut generaliter purpuram ſtipulatus ſit, deinde ſpecialiter Tyriam petat: plus petere intelligitur: quia electionem adverſario tollit, cui ſtipulationis iure liberum fuit, aliud ſolvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet viliſſimum ſit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia ſæpe accidit, ut promiſſori facilius ſit illud ſolvere, quod maioris pretii eſt. Sed hæc quidem antea in uſu fuerant: poſtea vero lex Zenoniana & noſtra rem coartavit. Et ſi quidem tempore plus fuerit petitum: quid ſtatui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur conſtitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum: in omne ſi quod forte damnum ex hac cauſſa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commiſſa tripli condemnatione, ſicuti ſupra diximus, puniatur.*

I. PRopter quam cauſſam alio loco petenti arbitraria actio proponitur. Si quod certo loco dari promiſſum eſt, alio loco non debetur, unde & alio loco peten-

petendo plus peti videtur: cur receptum eſt nihilominus, ut alio loco peti poſſit, ſi loci conſtituti commemoratio fiat? Neque enim reo fieri debet iniuria, alio loco ut petatur contra ſtipulationem: nulli denique ius ſemel quæſitum adimendum, & præſertim reo. *L. 2. D. de his qui ſunt ſui vel al. iur. L. ult. D. de pact.* Ratio redditur in *L. 1. D. de eo quod cert. loc.* ad hanc ſententiam; quia ita neceſſe fuerit actionem alio loco introducere, ſi volumus creditorem ius ſuum conſequi: nam facile futurum fuit, ut promiſſor ad eum locum, in quem ſe daturum promiſiſſet, nunquam accederet: vel quod, inquit Caius, data opera id faceret, vel quia aliis locis neceſſario diſtringeretur. Nondum hoc erat ſatis. Eſto enim, dicat aliquis, ſtipulator ſuum conſequi debeat: at certe debet & reus maxime, cum ſavorabiliores ſint rei quam actores. *L. favorabiliores, D. de reg. iur.* Videamus autem, ne iſto modo adimatur illi ſuum, dum petitur alio loco, quam debetur. Sed ne id fieret recte proviſum eſt edicto prætoris. Sic enim edicto temperata res eſt, ut dum ſtipulatori proſpicitur data alibi agendi facultate, ſimul conſulatur & reo, conſtituta videlicet in eam rem arbitraria actione: cuius vis & poteſtas hæc eſt, ut iudex utilitatem loci conſtituti æſtimet, eamque ſalvam præſtet debitori, ut hoc loco fieri debere declaratur: vide quæ ſcripſi ad *L. 1. D. de eo quod cer. loc. Si quis tamen Epheſi.* Explicatur hic, quod brevius poſitum eſt in *L. 4.* in pr. *D. de eo quod cer.* vide commentarios, & in reliqua huius loci.

Si minus. &, Si quis aliud.

§. XXVII.

Editam actionem emendare, & mutare licere non tantum ante litem conteſtatam ſed & poſtea. I. & ſeqq.

Eodem iudicio licere mutare actionem, quid ſit, & quam hoc cum iure Pandectarum conveniat. II.

Poſt litem conteſtatam accidere quæ dicantur. III.

Iudicis poteſtatem non poſſe excedere ultra id quod in iudicium deductum eſt, quam ſententiam habeat. IV.

Actionis emendatio & mutatio poſt litem conteſtatam inducta, an & ubi editionem novam, & damnorum prioris litis præſtationem deſideret. V.

Si minus in intentione ſua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat: veluti ſi cum ei decem aurei deberentur, quinque ſibi dari oportere intenderit: aut ſi cum totus fundus eius eſſet, partem dimidiam ſuam eſſe petierit: ſine periculo agit: in reliquum enim nihilominus iudex adverſarium in eodem iudicio ei condemnat, ex conſtitutione divæ memoriæ Zenonis. Si quis aliud pro alio intenderit: nihil eum periclitari placet, ſed in eodem iudicio, cognita veritate, errorem ſuum corrigere ei permittitur: veluti ſi is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut ſi quis ex teſtamento dari ſibi oportere intenderit, quod ex ſtipulatu debetur.

I. SI quis minus petat, quam ad eum pertineat, aut aliud petat pro alio: duæ ſunt ſpecies poſteriores, in quibus diximus ad §. *ſi quis agens*, non peti, quod quantumve debetur. Atque hoc ipſum aliud ut petatur, fit duobus modis, ut bene Theophilus hic ſcribit: *re* ſcilicet, aut *cauſſa. Re*, cum aliud corpus petitur, quam quod debetur, ut pro Sticho Pamphilus, ex ea tamen cauſſa, ex qua nobis debetur. *Cauſſa*, cum idem corpus debitum petitur, ſed ex alia cauſſa, quam debetur; ut ſi petatur ex ſtipulatu, cum debeatur ex teſtamento. In quibus omnibus ut in prima ſpecie plus petitionis, quæri ſolet, ecquid petitio agenti noceat, ne liceat petere poſtea, quod vere debetur, & ex qua cauſſa debetur. Ac de his Iuſtinianus hoc loco duobus §§. ſequentibus. Quas ſpecies quoniam

in

in eandem definitionem includere videtur, ideo coniunctim de his dicemus. Sic enim in ſumma ſtatuit, ſive quis minus petat, ſive aliud, ſive alia actione, nihil ei petitionem nocere, quominus non dico alio iudicio poſſit petere & conſequi, quod priore omiſit; ſed etiam eodem illo iudicio, quod inſtituit. Id quam ſignificationem habeat, & num in hac re ſimilia omnia in his cauſſis, videamus. Et his verbis ſignificatur id, quod dicitur in *L. edita, C. de edend.* edita ſemel actione, ſi quid in ea minus recte conceptum ſit, licere actori cognito errore eam emendare, vel mutare poſtea. Emendare, eandem petitionem retinendo quidem, ſed ei vel adiiciendo, ut majorem quantitatem petendo; vel qualitatem aliquam detrahendo, ut in *L. in delictis, §. ſi detracta, D. de nox. act.* Mutare, vel aliud petendo, vel ex alia cauſſa. Quod cum dicitur, apparet etiam illud dici, ita actorem remittere poſſe veterem actionem de alia re, aut ex alia cauſſa inſtitutam, ut eam ad extremum perſequi non cogatur. Cui non eſt contraria *Novel. de litig. §. omnem*, qua cavetur, quiſquis actionem aliquam movit, ne liceat ei pro arbitrio eam omittere, & in aliud tempus eam differre, cum eam perſequi velit, ſed eam cogatur invitus poſtulante adverſario ad extremum perſequi. Hæc enim conſtitutio ad eos pertinet, qui actiones inſtitutas ita omittunt, ut tamen his non renuntient, ſed earum exercendarum alio tempore ſibi poteſtatem fieri poſtulent. Hic de iis agitur, qui a vetere actione, quam per errorem male inſtituerant, ita recedunt, ut plane ei renuntient. Quæ renuntiatio ideo admittenda eſt, quia in actione omiſſa reo non nocet, ſed potius eum adiuvat, ut quæ eum liberet. *L. poſtquam, C. de pact.*

II. Hæc omnia eodem iudicio licet facere, ut hic cautum eſt. Eodem iudicio ſic accipiemus, ut exceptis rebus quæ mutantur, dum aut plus, aut aliud in totum petitur, in cæteris omnibus iudicii partibus idem iudicium intelligamus. Ergo eodem iudicio hic valet, apud eundem iudicem, inter eaſdem perſonas, nulla nova interveniente in ius vocatione, aut litis conteſtatione. De eodem iudice & iiſdem perſonis litigatorum, quibus omne iudicium conſtat, hic expreſſum eſt. De nova in ius vocatione, & litis conteſtatione non neceſſaria quod adieci, ex eo intelligimus, quod cum omnis litis inſtitutio initium habeat ab in ius vocatione, iudicium proprie a litis conteſtatione incipiat: *§. ult. infra de pœn. tem. lit. L. 1. C. de iud.* neceſſe ſit omne novum & aliud iudicium videri, quod nova iſta interpellatione indiget. Quare ſi idem iudicium retineri volumus, novam iſtam vocationem & conteſtationem remotam eſſe oportet. Eſt igitur hæc ſententia; actorem qui minus petierat, aut aliud, aut alia actione quam debebatur, poſſe apud eundem iudicem, apud quem agere cœperat, corrigere errorem ſuum, ut vel tantundem incipiat petere, quantum debetur, vel id quod debetur, vel ſua actione agere: idque cum faciet, iudicem de eo ſine nova in ius vocatione, aut litis conteſtatione cognitionem ſuſcipere debere, ut ſi compererit ita eſſe, uti errore mutato intenditur, in tantam pecuniam reum condemnare debeat. Sed duo ſunt, quæ cum hac ſententia pugnare videantur, propter quæ etiam incidit locus in difficultatem: duo, inquam, quibus efficitur, ſi quid poſt litem conteſtatam in petitionem veniat, novo iudicio opus eſſe: denique iudicem eodem iudicio de ea re iudicare non poſſe. Unum, quod traditur non poſſe videri in iudicium veniſſe id, quod poſt iudicium acceptum accidiſſet: ideoque alia interpellatione opus eſſe. *L. non poteſt, D. de iud.* videtur enim poſtea accidiſſe, quod poſtea petitur. Alterum, quod dicitur, ultra id quod in iudicium deductum eſt, excedere poteſtatem iudicis non poſſe. *L. ut fundus, D. com. divi.* Quid eſt enim hoc, niſi ultra id quod ab initio in litis conteſtationem deductum eſt, iudicem iudicare non poſſe? Et de priore facilior reſponſio eſt, non pertinere id videlicet ad ea de quibus agitur.

III. Id enim dicitur accidere poſt litem conteſtatam, non quod poſt litem conteſtatam, petitur, ſed quod poſt litem conteſtatam in obligationem venit, non ante debitum. De quo genere alibi explicatius dicitur, de his quæ poſtea in obligationem adveniunt, iudicium eſſe non poſſe. *L. non quemadmodum, D. de iud.* ut profecto dici non poſſint ea veniſſe in iudicium, ſive ea ante petita ſint, ſive non ſint. Nos de iis agimus, quæ ante litem conteſtatam acciderunt, & fuerunt debita, ſed non ante petita: nunc poſt litem de alia re conteſtatam petuntur, ad id tamen debitum, quod prius petivimus, vel re vel cogitatione noſtra pertinentia. Hæc dicimus ſi priore conteſtatione ſint omiſſa, poſtea eodem iudicio mutato errore peti poſſe: ut ſunt, maior quantitas quæ debebatur, aut aliud quod

& ipſum

& ipſum debebatur. Quod ſi quis velit etiam ea recte dici poſt litem conteſtatam accidere, quæ poſt litem conteſtatam petuntur, quamvis ante debita, conveniet ſuperius dictum cum poſteriore. Ita fiet, ut iis qui id putabunt, tum ſatisfiat, cum de poſteriore dixerimus, ſi modo & hoc recte explicemus.

IV. De quo difficultas maior. Etenim ultra id quod in iudicium deductum eſt, excedere non poſſe poteſtatem iudicis, hoc ſignificat, de eo quod in iudicium dednctum non eſt, iudicem iudicare, & reum condemnare non poſſe. Hæc enim ſumma eſt, & præcipua poteſtas iudicis, a qua & nomen habet, ut iudicet; iudicando reum abſolvat, aut condemnet. *L. de qua re, D. de iud. L. 1. D. de re iud.* In iudicium autem deduci id ſolum intelligitur, quod deducitur in litis conteſtationem *L. unica, C. de lit. cont.* Quapropter ſi quid in id iudicium & litis conteſtationem non venit, iudex eius iudicii nomine aditus, de eo cognoſcere & reum condemnare non poteſt, quantumvis poſt litem eo iudicio conteſtatam petitum fuerit. Et fatendum eſt hanc eſſe mentem veterum in ſuperiore definitione. Quod ex more veterum iudiciorum licet intelligere. Impetrabantur enim ut plurimum iudicia a magiſtratu, & certa formula iudicium concipiebatur. *C. de formul. & impetr. act. ſublat.* Intra hanc formulam concluſus iudex hanc ſequi debuit, nec licuit ei excedere. *L. mortuo, D. de iud.* Quamobrem ſi alia res peteretur poſtea, quæ in eam iudicii conſtitutionem non veniſſet, ad officium & poteſtatem eius iudicis non pertinuit ſine dubio, eoque & alio iudicio de ea opus fuit: id eſt, iterum & de eo magiſtratus adiri debuit; qui si non cognoſceret ipſe, certe iterum iudicium & iudicem daret, ſive hunc daret veterem, ſive novum. Et quominus dubitemus ita ius fuiſſe olim, ut de his rebus quæ poſtea peterentur, novo iudicio opus eſſet: etiam poſt ſublatas impetrationes & formulas actionum, quod a Conſtantino & Theodoſio factum eſt, *C. de formul. & impetrat. act. ſubl.* manſit nihilominus hoc idem ius uſque ad tempora Zenonis. Nam ut de his rebus eodem iudicio agi & reus condemnari poſſet, Zenonis conſtitutione si non in totum, at certe de quibuſdam effectum eſſe hic traditur: ac de omnibus id effectum eſſe vel huius principis conſtitutione vel Iuſtiniani hic ſignificatur. Non eſt hoc Zenonis aut alius cuiuſquam conſtitutione inductum, nisi quia ius prius aliter ſe habuit. Quid ergo, ſunt hæ ſententiæ contrariæ? Neceſſe eſt ita videri omnino, si ex mente auctorum accipiuntur, vel hoc ipſo loco atteſtante, quo a vetere illo iure a Zenone receſſum eſſe dicitur. Non enim mutaretur poſteriore lege, nisi eſſet contrarium. *L. ſed & poſteriores, D. de legib.* Sed quoniam Iuſtinianus vult, quæ in his libris & in Pandectis ſcripta ſunt, tanquam a ſe ſcripta accipi; *L. 2. §. tanta, C. de vet. iur. enu.* & præterea vetat ullum contrarium in his admitti, quoad eius fieri poteſt: *d. L. 2. §. contrarium:* dicemus ex eius ſententia etiam poſt Zenonis conſtitutionem ultra id quod in iudicium deductum eſt, iudicis poteſtatem excedere non poſſe. Sed in iudicium deductum videri aliter olim, aliter nunc. Olim ſolum, quod in litis conteſtationem veniſſet: hodie etiam quod poſt litem conteſtatam apud eundem petitur, si vel re, vel cogitatione actoris ad id debitum pertinuit, de quo lis inſtituta eſt: de quibus hoc loco.

V. Quod tamen hactenus ſimpliciter dicitur eum qui minus petiit, quam ad eum pertinet, aut aliud, vel ex alia cauſſa, poſſe poſt litem conteſtatam corrigere errorem ſuum ita, ut cum id quod vere debebatur, apud eundem iudicem poſtea petierit, poſſit iudex de eo cognoſcere, & re cognita reum eodem iudicio condemnare: non sic accipiendum eſt, quasi ſufficiat actori id quod vere debebatur petere, & probare, ut reus condemnetur, nec unquam neceſſe sit in ea emendatione quidquam reo præſtari. De eo ſolum quæritur, an id eodem iudicio dirimi poſſit. Iuſtinianus ait poſſe. Hoc qui dicit, non negat, si quid ex aliis locis conſtet in eo præſtari debere, id eſſe præſtandum. Sciamus igitur totum hoc accipiendum ex conditione. *L. edita, C. de eden.* ubi de hac emendatione & mutatione ita cautum eſt, ut liceat quidem editam ſemel actionem emendare, vel mutare; ſed prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius dicentis decernit æquitas: *vel* pro &, diſiunctum pro coniuncto, ut alibi ſæpe in uſu iuris. *L. ſæpe, D. de verb. ſig.* utrumque enim exigitur. Et harum conditionum altera ad editionem novæ petitionis pertinet: altera ad damna temerariæ vocationis præcedentis reo ſarcienda. Exigit edictum de edendo, de qua editione illic agitur, ut qua quiſque actione agere volet, eam edat adverſario: æquiſſime, ut proinde ſciat reus, utrum cedere, an contendere debeat: & ſi contendendum putat, veniat

inſtru-

inſtructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur. *L.* 1. in pr. *D. de ed.* Et quoniam edita actione, non ſtatim de eo ſtatuere poteſt, placet etiam ad eam rem deliberanti dilationem dari, intra quam ad alterutrum ſe comparet. Auth. offeratur, *C. de lit. cont.* Hæc æquitas ad eas petitiones novas, quæ poſt litem conteſtatam inſtituuntur, non minus pertinet, ſi quid interſit rei eas cognoſcere. De temerariæ autem vocationis pœna ita ius eſt: eum quem temere adverſarium ſuum in ius vocaſſe conſtitit, viatica litiſque ſumptus adverſario ſuo reddere oportet: *L. eum quem*, *D. de iud.* eaque eſt æquitas ius dicentis, quæ nominatur in *d. L. edita*. Hæc ergo & in nova iſta petitione reo ſunt præſtanda. Utrumque tamen, ſi res & æquitas poſtulet. Poſtulat autem non in omni petitione nova, ſed in his, ſi aut actor poſt litem conteſtatam de alia re agat, aut ex alia cauſſa. Nam in his non minus intereſt rei ea poſt litem conteſtatam cognita habere, & ad ea ſe comparare, quam ſi ab initio & lite nondum conteſtata ab eo peterentur. Cum enim plane diverſa ſint ab eo, quod prius in iudicium deductum eſt, tam potuit ignorare, utrum de his cedere deberet, an litigare, quam ſi moverentur ab initio. Sed & temerariam fuiſſe priorem vocationem & editionem actionis ex eo apparet, quod nunc in totum mutatur actio, dum aliud petitur vel corpore, vel cauſſa. Quod ſi quis petiit ab initio quod debebatur, & ex qua cauſſa debebatur, ſed minus quam deberetur, puta pro decem quæ debita erant, tantum quinque, deinde poſt litem conteſtatam inſtituat tota decem perſequi; res loquitur non hic neceſſe eſſe hanc petitionem edi reo, & ei ſpatium dari ad deliberandum de ea petitione ſuſcipienda; neque præcedentis petitionis ullam pœnam in ſumptibus litis eſſe oportere. Quorſum enim editio in hac re, aut tempus ad deliberandum reo, niſi ut ſciat, utrum de tota ſumma cedere, an contendere debeat? Atqui iam conſtat, quid de eo reus conſtituerit. Certum eſt enim eum, qui ſe quinque ſeu partem rei petitæ debere negat, ſic conſtituiſſe de ea parte litigare, ut multo magis de toto idem negaturus, & litigaturus fuerit. Petitionis præcedentis ideo nulla poteſt eſſe pœna, quia non fuit temeraria. Petiit enim actor, quod ſibi vere debebatur, & petiit eo minore iniuria ac moleſtia rei, quo minus petiit, quam debebatur.

Sunt

Digitized by Google

Sunt præterea, & deinceps.

§. XXVIII.

Actiones omnes ſolidum conſequi, præter eas quæ hic exponuntur. I.
De peculio actio non in ſolidum. II.
In id quod facere reus poteſt, ut condemnetur, quibus perſonis, & quamobrem tributum ſit. III.
Quibus conditionibus. IV.
Conveniri in id, quod facere quis poteſt & in idipſum condemnari, idem hic valent, & quo ſenſu. V.
Facere poſſe quid ſit, & quid hoc tribuat reo præter cæteras actiones, in quibus non idem beneficium reo datum eſt. VI.
Compenſatio ex eadem cauſſa quid ſit, & cur ex eadem cauſſa *hic adiectum.* VII.
Retentio rei petitæ quibus ex cauſſis. VIII.

Sunt præterea quædam actiones, quibus non ſemper ſolidum, quod nobis debetur, perſequimur: ſed modo ſolidum perſequimur, modo minus: ut ecce, ſi in peculium filii ſervive agamus. Nam ſi non minus in peculio ſit, quam perſequimur: in ſolidum dominus paterve condemnatur: ſi vero minus inveniatur: eatenus condemnat iudex, quatenus in peculio ſit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, ſuo ordine proponemus.
Item ſi de dote in iudicio mulier agat: placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere poſſit, id eſt, quatenus facultates eius patiuntur. Itaque ſi dotis quantitati concurrant facultates eius, in ſolidum damnatur: ſi minus, in tantum, quantum facere poteſt. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur: Nam ob impenſas in res dotales factas, marito quaſi retentio conceſſa eſt: quia ipſo iure neceſſariis ſumptibus dos minuitur, ſicut ex latioribus Digeſtorum libris cognoſcere licet. Sed & ſi quis cum parente ſuo patronove agat: item ſi ſocius cum ſocio, iudicio ſocietatis agat: non plus actor conſequitur, quam adverſarius eius facere poteſt. Idem eſt, ſi quis ex donatione ſua conveniatur.
Compenſationes quoque oppoſitæ plerumque efficiunt, ut minus quiſque conſequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem cauſſa præſtare oportet, in reliquum eum, cum quo actum eſt, condemnat, ſicut iam dictum eſt. Cum eo quoque qui creditoribus ſuis bonis ceſſit, ſi poſtea aliquid acquiſierit, quod idoneum emolumentum habeat: ex integro in id, quod facere poteſt, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat ſpoliatum fortunis ſuis in ſolidum damnari.

I. CUM actio definitur ius perſequendi, quod nobis debetur, ex eo intelligitur etiam eſſe ius id conſequendi: ſi quidem perſequi eſt uſque eo ſequi, donec aſſequamur. Ita fit, ut actio ſicuti ius eſt ad ſolidum petendum, quod nobis debetur, ita ſit & ad ſolidum conſequendum. Id etſi fere ita ſe habet in omni actione, non tamen eſt perpetuum. Quod declaratur hoc loco propoſita ad eam rem quinta diviſione, ut ſupra monuimus ad § *omnium*, qua docemur quantum liceat ex unaquaque actione expectare. Diviſio hæc eſt, actionum quaſdam ſolidum perſequi, quod nobis debetur: quaſdam non ſemper ſolidum; ſed modo ſoli-

ſolidum, modo minus. Quæ ſemper ſolidum, fere omnes: proinde innumeræ. Quæ non ſemper ſolidum, paucæ & certæ, ac veluti eæ, quæ ex regula communi excipiantur. Quare ad utraſque cognoſcendas recte fit, ſi ad has poſteriores oratio confertur, & ad eas ſolas; quod & hoc loco factum eſt. Nam hæ quia certæ, facile colligi poſſunt: & quia ſolæ, fit, ut his poſitis, eadem opera reliquas ſolidi perſecutorias eſſe intelligamus. In iis autem ipſis quas dicimus proponendis indiget hic locus animadverſione. Nam neque omnes huius generis explicantur hoc loco; & quæ proponuntur ſpecies, permiſcentur inter ſe, cum in diſſimili admodum genere verſentur: ac nec attingitur, quid contineant. Quæ ut vitemus, ſic res tota videtur commodiſſime poſſe explicari, ſi earum actionum genera ſumma, eorumque generum partes numero & ordine proponentur: tum quale beneficium ſit, & quid contineat, paucis intelligetur. Quominus actione ſemper ſolidum conſequi poſſimus, aut peculium facit, cuius ad modum actio conſtituta eſt; aut beneficium reo tributum, ut teneatur in id quod facere poteſt; aut mutua obligatio creditoris.

II. De peculio actio propoſita eſt ex contractu filiorum familias, & ſervorum adverſus patrem dominumve. §. *actiones autem, ſupra, eod.* Hac non ſemper conſequimur ſolidum: quia hæc adiectio, de peculio, ſignificat conſtitutam actionem eſſe quatenus eſt in peculio: ut proinde fiat id, quod hic dicitur in principio id eſt, ut ſi non minus in peculio ſit, quam perſequimur, in ſolidum dominus paterve condemnetur: ſi vero minus inveniatur, eatenus condemnet iudex, quatenus in peculio ſit: ſi nihil ſit tempore rei iudicandæ, nec tenebit actio; unde & abſolutio ſequetur. *L. quæſitum*, in pr. *D. de pec.* Quid eſſet peculium, quid in peculio ſervi, aut filiifamilias habendum, & de quo peculio actio adverſus patrem conſtituta ex contractu filii, dixi ad §. *actiones autem.*

III. Sunt, qui etſi conveniantur ſuo nomine, & poteſtate actionis teneantur in ſolidum, tamen condemnentur in id quod facere poſſunt: quod quibuſdam beneficii loco datum eſt. Tribuitur hoc beneficium partim ob cauſſam, ex qua agitur, partim ob perſonam rei. Ob cauſſam donatori, qui ex donationis cauſſa convenitur: de quo hic in §. *ſed etſi quis*, in fi. *L. inter*, §. 1. *D. de re iud.* Ob perſonam rei varie: aut enim propter coniunctionem inter litigatores conſtitutam, & eam vel ſanguinis, vel affinitatis, vel ſocietatis; aut propter reverentiam reo debitam; aut propter meritum; aut propter miſerationem. Propter coniunctionem ſanguinis convenitur in id quod facere poteſt parens a liberis, liberi a parente. *L. ſunt qui*, cum *L. ſeq. D. de re iud.* & §. *ſed etſi quis, hic.* Item frater a fratre. Quod colligitur ex eo, quod non tantum dicuntur conveniri in id quod facere poſſunt, parens, patronus, patrona, ſed & liberi eorum, *d. L. ſunt qui*, & *L. ſeq. de re iud.* Id hanc ſignificationem habet, ut non tantum liberi eorum conveniri non poſſint a ſuperioribus, aut iis a quibus ſuperiores non poſſunt, ſed nec liberi ipſi inter ſe. Ipſi autem liberi inter ſe ſunt fratres. Apertius ex eo, quod Ulpianus de ſociis ſcribit in *L. verum*, in pr. *D. pro ſoc.* ſocium ſocio in id quod facere poteſt condemnari, propter ius fraternitatis quodammodo inter eos conſtitutum. Atqui hi vere fratres non ſunt. Intelligit igitur prius hoc ius fratribus datum eſſe, a quibus deinde ad alios propter ſimilitudinem fraternitatis transferendum ſit: ſin minus, certe hoc efficitur, ſi iis qui vere fratres non ſunt propter imaginem fraternitatis tribuitur, multo magis veris fratribus eſſe tribuendum. Affinitatis coniunctio idem tribuit marito adverſus uxorem, & uxori adverſus maritum, non tantum in cauſſa dotis, ſed etiam ex aliis contractibus. *L. non tantum*, *D. de re iud.* Et quod marito, idem patri eius, id eſt, ſocero uxoris: & quod uxori, idem patri eius, id eſt, ſocero mariti adverſus maritum. *L. ſicut*, *D. de re iud.* Sed quatenus his poſterioribus, ambigitur, de quo a me ſcriptum eſt ad *d. L. ſicut*. Habet idem beneficium & coniunctio voluntate ſuſcepta inter ſocios, tanquam iure fraternitatis cuiuſdam, ut ante dixi; non tantum ſi univerſorum bonorum ſocii ſint, ſed etſi unius rei. *d. L. verum*, *D. pro ſoc. L. ſunt qui*, *D. de re iud.* §. *ſed etſi quis, hic.* Reverentia ſola & honos manumiſſori debitus hoc idem præſtat patrono, patronæ, liberiſque eorum & parentibus, ut in id ſolum quod facere poſſunt, conveniantur. *d. L. ſunt qui. L. patronus, ſeq. D. de re iud. d. §. ſed etſi, hic.* Ob meritum in Rempublicam idem datum militi, qui ſub armata militia ſtipendia meruit. *L. item miles*, *D. de re iud.* Ob miſerationem tribus; ei qui bonis ceſſit, ſi quid poſtea acquiſierit. §. *compenſationes*, *hic. L.*

qui bonis, *D. de ceſſ. bo.* filio exheredato, tum ei qui ſe paterna hereditate abſtinuit, ſiquidem ex contractu ſuo conveniantur. *L. & exheredatum*, *D. de re iud. L. 2. L. 4. §. 1. D. quod cum eo.*

IV. Non ſtatim tamen ſuprafcriptis perſonis ſuperius beneficium tribuitur: ſed hæ conditiones ſunt, atque hinc totidem exceptiones: dum ne conveniantur ex delicto: in quo fruſtra legis auxilium invocat, qui adverſus legem committit. *L. 4. §. 1. D. quod cum eo. L. auxilium*, in fi. *D. de min.* Dum ne ex contractu, in quo de conditione ſua mentitæ adverſarium in fraudem induxerint contrahendo. *d. L. 4.* in pr. *Quod cum eo.* Poſtremo dum ne dolo malo fecerint, quominus ſolidum facere poſſent. *L. etiam*, §. 1. *D. ſol. mat. L. ſumma*, *D. de pec.*

V. In verbis beneficii hoc animadvertendum, id ita concipi a iuris auctoribus, ut dicatur in eo eſſe, modo ut conveniantur ſuperiores perſonæ in id quod facere poſſunt, modo ut condemnentur. Conveniri dicuntur in *L. ſunt qui. L. patronus* ſeq. *D. de re iud.* §. *ſed etſi*, in fi. *infra*, *hic*. Condemnari paſſim, *ut in §. ſi de dote §. ult. hic. L. non tantum*, & ſeqq. *L.* & exheredatum, *D. de re iud. L. maritum. L. alia.* & ſeqq. *D. ſol. mat.* Recte utrumque, dum intelligamus conveniri iſtos cum effectu in id quod facere poſſunt, id eſt, ita ut hactenus condemnentur. Quod eo pertinet, ut ſciamus, cum quæritur, quatenus iſti facere poſſunt, rei iudicatæ tempus, non conventionis & litis conteſtatæ eſſe ſpectandum. *L. rei iudicatæ*, *D. ſol. mat. L. verum*, § *tempus*. *D. pro ſoc.* Ut autem in condemnatione non excedat iudex hunc modum, adeo ſuperioribus perſonis tributum eſt, ut ſi iudex ignorantia iuris lapſus condemnaverit in ſolidum, placeat eas in exſecutione iudicati doli exceptione uti poſſe, eaque tutas fore. Quod enim hic dicitur de marito, ad omnes pertinet, in quibus eandem rationem eſſe apparet. *L. ex diverſo*, §. *ult. D. ſol. matrim.* Neque hic rei iudicatæ auctoritas atque hinc replicatio metuenda eſt, quaſi in hac exceptione ſuperiores perſonæ in ſolidum damnatæ quidquam adverſus ſententiam faciant. Hac enim exceptione potius fatentur ſe iure civili obligatas eſſe, eoque & iure ſententiam recte latam, ut eſt re vera hoc iure. *d. L. ex diverſo*, §. 1. *ſol. mat.* Sed adverſus ius ſummum beneficium iuris humanitatis gratia ſibi indultum etiamnunc ſibi ſervari poſtulant. Quod quominus fiat, ſententia quæ ex iure civili recte lata eſt, nihil impedit.

VI. His verbis, *in id quod facere quis poteſt*; aperte hoc continetur, ne ſemper in ſolidum damnetur: utpote ita conceptis, ut in ſolidum damnari debeat, ſi poteſt ſolidum facere: ſi non poteſt, hactenus tantum debeat damnari, quatenus poteſt. At iſta ratione, dicat aliquis, de omnibus actionibus licet dicere eas eſſe in id quod reus facere poteſt, nec poſſe nos ſemper his ſolidum conſequi, quod ſuperiore diviſione hic conſtituta negamus. Nam & ex cæteris actionibus nunquam poſſumus amplius conſequi a reo, quam is facere poteſt. Non ita eſt. Sic eſt conditio omnium actionum, quibus in ſolidum condemnatio eſt ſine beneficio ſuperiore, ut quanvis reus ſolvendo non ſit, tamen ſolidum præſtare debeat. Si non de ſuo, at certe aliunde ſumere, ſi poteſt, quo ſe expediat: ſi ne hoc quidem poteſt, cogatur in carcerem ire poſtulante creditore, nec prius hunc evitat, quam bonis ceſſerit. *L. 1. C. qui bo. ced. poſſ.* Sed etſi creditor parcat carceri; tamen ex cæteris actionibus ut minimum auferre licet condemnato omne quod habet ita, ut nihil ei relinquatur, ne ad victum quidem. At in his qui damnantur in id quod facere poſſunt, utrumque contra eſt, idque vi ſuperioris beneficii aſſequuntur. Primum ſi ſolvendo non ſunt, non ideo detruduntur in carcerem, aut coguntur bonis cedere. Tum autem ne his quidem totum quod habent, extorquetur, ſed eſt quod his etiam intactum relinquatur: atque ita horum verborum definitio eſt, ut facere poſſe intelligatur quiſque in hac condemnatione, quod de ſuo poteſt præſtare honeſte, deducto videlicet prius eo, quod illi ſatis ſit ad victum quotidianum, ne egeat. Hanc deductionem victus quotidiani & alimentorum tribui omnibus qui in id quod facere poſſunt, conveniuntur, & definitio generalis declarat de his perſonis tradita in *L. in condemnatione*, *D. de reg. iur.* & exemplum eius qui bonis ceſſit; de quo in *L. 6. D. de ceſſ. bon.* ita ſcriptum eſt, *non eſſe eum fraudandum alimentis quotidianis*. Id ſi ei qui bonis ceſſit, licet extraneo, nec coniuncto, aut bene merito tribuitur; multo magis parenti, patrono, marito, uxori, ſocio, & reliquis ſuperioribus tribuendum eſt. Illud monendi ſumus, hoc quod ita quemque facere poſſe dicimus, aliter in dona-

donatore æſtimari, aliter in cæteris qui non ex donationis cauſſa conveniuntur. Nam in donatore æſtimari placuit deducto ære alieno: in cæteris etiam ære alieno non deducto. *L. inter*, §. 1. *D. de re iud.* Quippe in cæteris verum debitum eſt; in donatore non item: quæ ratio ſignificatur in *L. & exheredatum*, in fin. *D. eod.* Exempli gratia: habet quis mille in bonis etiam deducto eo, quod illi ad victum ſufficiat: ſed ea mille ſolida debet. Si donator eſt, nulla ex parte condemnabitur ei, a quo ex donationis cauſſa convenietur. Deducit enim primum æs alienum: deinde & quod neceſſe ſit ad victum: quibus deductis nihil poteſt facere. Ultra autem quam facere poteſt, non condemnatur. Alius ſi conveniatur, & ea mille actori ſufficiant, licet hæc eadem aliis debeat, tamen in ſolidum condemnabitur: quia his non deductis ſuperſit ei, quod ad victum ſit ſatis; non deducitur autem prius æs alienum. Hæc ſtrictim ut pro loco & inſtituto. Scripſi diligentius de tota quæſtione, ut locus poſtulabat, ad *L. ſunt qui*, & deinceps, *D. de re iud.*

VII. Mutua creditoris eiuſdemque actoris obligatio, id eſt, ſi quid viciſſim actor reo debeat, hoc quoque efficit, ne ſemper reus in ſolidum condemnetur, dum ille eatenus liberatur. Quod conſequitur aut per compenſationem, aut per rei petitæ retentionem. Per compenſationem, cum quantitates utrinque debitæ invicem compenſantur: ſic enim & hæc ſpecies refertur ad hunc locum in §. *compenſationes, pen. infra hic.* de qua dictum eſt ad §. *in bonæ ſupra eod.* Sed additur in *d.* §. *pen.* quod diligenter expendendum eſt, compenſationem minuere condemnationem, cum quid invicem actorem præſtare oportet ex eadem cauſſa: ut, ſi commodati agatur, impenſarum a reo factarum ratio eodem iudicio habetur, & adferet ea res compenſationem, quia impenſæ ad eandem commodati cauſſam pertinent. *L. in rebus*, §. *poſſunt*, *D. com.* Quid ergo, ſi quid actor debeat reo ex alia cauſſa, an non poterit opponi eius debiti compenſatio? Sed conſtat quantitatis ex quavis alia cauſſa debitæ admitti compenſationem, per quam fiat, ut nulla ſit, aut minuatur rei condemnatio, ut oſtendimus *ſupra ad* §. *in bonæ*. An non ergo fruſtra addidit Iuſtinianus hoc loco ex eadem cauſſa? Minime: admittitur enim quantitatis ex alia cauſſa debitæ compenſatio, ſed duobus temporibus dumtaxat: uno, ſi cauſſa ex qua compenſatur, ſit liquida. Altero, ſi in cauſſa non liquida compenſationis exceptio initio litis conteſtetur. Extra has autem duas cauſſas compenſatio quantitatis ex alia cauſſa debitæ locum non habet, ut docuimus ad *d.* §. *in bonæ*. At habet locum, ſi opponatur ex eadem cauſſa: ut non fruſtra hoc ſit adiectum. Quod eo pertinet in ſumma, ut intelligatur ſi quid opponatur ex eadem cauſſa, ſemper compenſationem admitti: cum ſi ex alia cauſſa id fiat, non ſemper admittatur.

VIII. Quod facit compenſatio, cum quantitas invicem debetur, id interdum reo præſtat rei petitæ retentio, cum fundus aut alia ſpecies ab eo petitur, & illi viciſſim actor pecuniam debet. Placet enim ad eam uſque quantitatem fundum a reo retineri poſſe: unde evenit, ut ſi actor rem ſuam conſequi vult, eatenus minuatur condemnatio. Sed hæc retentio tribuitur reo certis tantum in cauſſis. Extra cauſſam dotis in his: ſi reus rem quæ petitur, pignori obligatam alii, pecunia ſua liberaverit. *L.* 1. in prin. *D. quib. mo. pig. vel hyp. ſol.* Si in rem alienam, quæ petitur, ſumptus fecerit, iuxta diſtinctionem ſuis locis traditam. *L. in fundo. L. ſumptus*, *D. de rei vind.* Si pignus in aliquam ſummam nominatim acceptum, in aliam ſummam quam eidem poſtea ſine pignore dederit, retineat. *L. unica*, *C. etiam ob chirogr. pec. pig. ten. poſ.* In cauſſa autem dotis tribuebatur olim marito variis de cauſſis rei dotalis retentio: puta, ob res ab ipſo uxori donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impenſas in rem dotalem factas non tantum neceſſarias, ſed & utiles, & voluptarias: cuius retentionis poſtremæ hic ſit mentio in §. *item ſi de dote*. Iuſtinianus ſublata ex omni alia cauſſa dotis retentione, ſolam reliquit eam, quæ ſit ob impenſas neceſſarias. *L. unica*, §. *taceat*, *C. de rei uxo. act.* Qualis autem fuerit hæc retentio olim, & quæ ſint iſtæ impenſæ, cognoſce ex *L. quod dicitur*, *D. de imp. in res dot. fac. L. ſi is qui*, §. *quod dicitur*, *D. de iur. dot.*

HUGONIS DONELLI
DE PIGNORIBUS, ET HYPOTHECIS,

CAP. I.

Argumenti ratio, ſeu methodus. I.
Pignus ut creditori caveatur, inventum. II.
Cautio hæc duabus partibus maxime conſtat: quæ ſint. III.
Rerum partitio. IV.
Edicti de pignoribus ſumma; & communium locorum, unde hæc petita, indicatio. V. VI.

I. DUo ſunt cautionum genera, quibus pro eo, quod debemus, creditoribus noſtris, idonee caveri ſolet. Nam aut reis cavetur, id eſt, fideiuſſoribus; aut pignoribus. *L. 1. §. iubet, de collat. bonor. L. 4. §. addici, de fideic. lib.* Fideiuſſores vocamus adpromiſſores, qui pro eo, qui aliquid debet, idem promittunt, & fide ſua eſſe iubent verbis, eoque modo ſe pro aliena obligatione reos faciunt. *tit. de fideiuſſor. de inſtit.* in princ. Pignus autem, eſt res omnis pro debito obligata. *§. item Serviana inſtit. de act.* De fideiuſſoribus alias: nunc de pignoribus dicemus. In quibus eum iuris ratio, quod de his quærimus, ad eum finem accommodata ſit, propter quem pignus inventum eſt, cuius finis etiam tuendi cauſſa ius de his conſtitutum habemus, operæ pretium eſt, cuius rei gratia pignus detur, initio cognoſcere. Sic enim & quid in hac tota diſputatione maxime quærendum ſit, quæque ad eam rationem capita iuris accommodata ſint: videbimus, & ſingulis initio propoſitis minore errore, quæ volumus deinceps de toto genere aſſequemur.

II. Pignus creditori cautionis cauſſa dari certum eſt: ut ea re, ſcilicet de credito ſecurior reddatur. *§. ult. Inſtit. qui. mod. re contrahit. obli.*

III. Hæc cautio, ſive ſecuritas in pignore duabus rebus maxime conſtat. Una, ſi creditori eam rem tenere liceat, donec pecunia ſolvatur. Sic enim fiet: ut dum habebit, quod pro ea re teneat, & cui incumbat, certus ſit, ſibi creditum perire non poſſe. Altera, ſi etiam ad extremum liceat pignus diſtrahere, unde illi ſatisfiat. Neque enim rem in ſolutum retinere poteſt. Alioqui non pignoris loco daretur, ſed ſolutionis. Utriuſque rei obtinendæ cauſſa ius eſt a Prætoribus conſtitutum. Nam & perſequendi pignoris cauſſa actio creditori datur adverſus eum, quiſquis pignus poſſidebit, qui tenebitur ut reſtituat: multoque magis poſſidenti datur retentio. Et ſi id venditum ſit, quod contra conventionem pignoris non fiat, ratam habet Prætor venditionem non minus, quam ſi a debitore ipſo diſtractum eſſet. Idque ius eſt creditoris in pignore. Quod ſi forte plures ſint creditores, quibus eadem res diverſis temporibus pignori data ſit, iam de iure eorum inter ipſos diſceptabitur, qui quibus in eo ſint potiores. Atque hæc omnia ita, ſi quidem res pignoris iure creditori obligata ſit.

IV. De his igitur eodem ordine dicendum eſt. De pignore primum, quomodo id, & ubi conſtituatur: in quo genera explicanda ſunt. Natura enim hæc prima quæſtio eſt, an ſit: deinde pignore conſtituto, de iure creditoris, quod ſequi neceſſe eſt. Tertio loco, ſi plures erunt, quibus eadem res pignori data ſit, de creditorum inter ipſos prærogativa. Extremus locus adiungendus erit, ut quibus mo-

dis

dis pignus ſolvatur dicendum ſit. Id enim ius, ut cætera, tantiſper manere certum eſt, donec finiatur: quod omnibus in rebus certis modis accidit. Itaque totidem fere titulis in Pandectis harum rerum ratio expoſita eſt.

V. Mihi vero priuſquam de his ſigillatim dicimus, non inutile eſſe viſum eſt, rem totam edicto breviter complecti, adiunctis his locis fidei cauſſa, ex quibus ſingula ſumi, ac probari mihi videbuntur: ut quoniam aliquod fuiſſe de Serviana actione, ſeu formula hypothecaria conſtat, in eo ſtudioſi totius huius iuris ſummam quandam expoſitam haberent, & eorum, quæ a iuris prudentibus de iis tractata ſunt, fontem quendam: vel potius materiam, in qua illorum ſcripta verſentur, agnoſcerent. Id tale eſt. *Si cui pro eo, quod ei debebitur res aliqua pignoris, hypothecæ nomine obligata eſſe dicetur ab eo, cuius in bonis ea res eſt, aut alioqui, cui de ea re conſtituendi ius eſt: ei hæredive eius, quo ad pecunia ſolvetur aut eo nomine illi ſatisfactum erit, in eum, qui eam rem poſſidebit, tenebitve, aut dolo malo fecerit, quo minus poſſideret, actionem dabo: ut ſi ea res arbitrio iudicis non reſtituetur, quanti ea res erit, condemnatio ſequatur. Si creditor eam rem diſtraxerit quod contra legem pignoris in ea re non fiet, ſervabo. Si pluribus eadem res obligata fuerit, is apud me in iure creditoris potior erit, qui prius hypothecam acceperit; niſi ſi poſterioris pecunia ſalvam fecit pignoris cauſſam. Priori remoto, cæteris deinceps, ſuo cuique ordine locus erit; extra quam ſi quis in prioris remoti locum ſucceſſerit.*

VI. Ait Prætor, *pro eo quod debebitur*. Quia ſi nihil debeatur, fruſtra erit pignoris conſtitutio, quod nihil, niſi acceſſio, eſt, & cautio principalis obligationis. Cæterum pro omni obligatione res hypothecæ recte dabitur. *L. res hypothecæ de pigno.* Ait; *ab eo cuius in bonis ea res eſt*. Hæc verba in edicto fuiſſe de hac actione, reſcripto Diocletiani, & Maximiani demonſtratur ſub titulo, ſi aliena res pignori data ſit. *L. quæ prædium.* Verba reſcripti hæc ſunt; *Cum & Serviana actio evidenter declaret iure pignoris teneri, non poſſe, niſi quæ obligantis in bonis fuerint*. Caius in *L. & quæ nondum*, §. *quod dicitur*, *D.* de pignor. *Quod dicitur creditorem probare debere, eum conveniebat, rem in bonis debitoris fuiſſe*, &c. Quod ſequitur *aut alioqui cui de ea re conſtituendi ius eſt*, propter ea pignora dictum eſt, quæ lege tacite conſtituuntur in bonis debitoris; Item ea, quæ magiſtratus iuſſu capiuntur: Quod genus prætorium appellatur. Certum eſt enim, quibuſdam in cauſſis, vel privilegio, vel alia de cauſſa, debitoris res pignori legibus ſubiici, de quibus ſub titulo, quibus in cauſſis pignus, vel hypotheca tacite contrahatur. De prætorio pignore, quid ſit, & quibus ex cauſſis capiatur, habes in *L. non eſt mirum*, *D. de pignorat. actio.* & titulo Codicis, de prætorio pignore, præſertim in *L. ul. eius titu.* & titulo *ſequenti* ſi ex cauſſa iudicati pignus captum ſit. Ait deinde Prætor, *ei, hæredique eius* &c. His verbis actio creditori datur, pignoris perſequendi cauſſa. Quam ex eo rem eſſe facile intelligitur, quod in eum, datur, qui poſſidet. *L. pignoris de pign.* Ea quaſi Serviana, ſive hypothecaria appellatur de qua in §. *item Serviana; inſtit. de actio*. Quid in condemnationem veniat, traditum eſt in *L. ſi fundus*, §. *in vindicatione. L. ſi inter*, §. *ulti. de pign.* Sequitur de diſtractione pignoris, *Si creditor eam rem diſtraxerit*. De diſtractione pignorum habes ſub titulis de diſtractione pignorum in Pandectis, & Codice Iuſtiniani. Ea verba, *Quod contra legem pignoris non fiet*, hoc ſignificant licere pignus diſtrahere, non ſi nominatim ita convenerit: ut liceret, ſed ita, ſi non convenerit, ne diſtrahere liceret. Quæ conventio ſervanda eſt. De quo Ulpia. in *L. 4. de pigu. actio*. Ait Prætor, *ſi pluribus eadem res*. Regulam hanc de prærogativa creditorum in pignore, multis reſcriptis expreſſam habes in *L. 2. L. 3. L. diverſis. C. qui potiores in pign. habe.* Ait: *Niſi ſi poſterioris pecunia*. Exceptionem ab Ulpiano expoſitam habes in *L. 5. & 6. qui pot. in pig. hab.* Ait: *Eo remoto cæteris deinceps*, &c. Huc facit *L. potior*, §. *ult. L. creditor. L. Claudius. D. qui pot. in pign. hab. L. 1. C. eod. titu.* Ait: *Extra quam ſi in prioris remoti locum ſucceſſerit*. De his; qui in priorum creditorum locum ſuccedunt, titulum habes in Codice Iuſtiniani: de iis modis, quibus pignus ſolvitur, nihil neceſſe fuit ſeorſim præcipere. Hoc enim in prima clauſula illis verbis a me notatum eſt, *quo ad pecunia ſolvetur aut eo nomine illi ſatisfactum erit*. Sed iam hæc ſuis locis expoſita, ut a nobis propoſitum eſt, pluribus audiamus. Prius tamen quid ſit pignus, de quo quærimus, ſeu hypotheca. Nam hoc quoque verbo in eadem re utimur.

CAP.

Digitized by Google

C A P. I I.

Quid ſit pignus, ſive hypotheca.

Pignus & hypotheca quid ſint: Etymon utriuſque. I. & ſeq.
Alterum ab altera nomine differunt, non re. II.
Ideo uſurpantur promiſcue. III.
Pignoris & hypothecæ nomine interdum ſignificari genus obligationis; frequentius rem pignori obligatam. IV.
Pignus eſſe acceſſionem principalis obligationis; & quid huic rei conſequens. V.
Accedere poſſe cuicunque obligationi etiam naturali. VI.
Nec præſenti tantum, ſed & futuræ; & qua cautione. VII.

I. Pignus a pugno dictum eſt, ut ſit pignus, quod quaſi pugno, id eſt, manu, ſecuritatis loco capiatnr. Hypotheca antem verbum Græcnm eſt. Illi enim [illegible] dicunt, quod nos pignori opponere: ut ſit quaſi rem obligationi ſupponere: unde [illegible] quod verbnm Latinum factum eſt, diciturque iam uſitato more hypotheca, quod vi ipſa nihil aliud eſt, niſi pignus. Eſt igitur pignus, ſive hypotheca, quod initio diximus, res omnis creditori pro debito obligata.

II. Quem nexum, & obligationem ſi ſpectemus in pignore (quod cum de re obliganda quæritur, facere debemus) inter ſe iſta nihil differunt. Quod Inſtinianus intelligi voluit in §. *item Serviana, inſtit. de act.* Sed ut idem eodem loco ſignificat, in ratione, & vi nominis, eſt aliquid, quod interſit. Nam pignus proprie dicimus, cum ita res pignori obligatur, ut ſimul etiam poſſeſſio tradatur creditori; hypothecam, cum non tranſit poſſeſſio ad creditorem. *d. §. item L. ſi rem §. proprie. de pign. act.* Idque nomen ipſum ſatis iudicat. Nam pignus ſic a pugno dictum eſt, ut re vera non poſſit eſſe pignus, niſi etiam manu capiatur. Unde pignus rei tantum mobilis proprie dicetur, ſi ad proprietatem nominis rem expendere volemus: *L. plebs.*, *§. pignus, de verb. ſignif.* hypotheca antem vi ipſa ſuppoſitionem ſignificat, ut ſit res obligationi ſuppoſita, nihilque in eo verbo, niſi ſuppoſitio, & nexus intelligatur. Sed hæc, inquam, ita dicuntur, cum ad ſubtilitatem verbi, & originem res exigitur. Ad iuris rationem, & obligationem, nihil intereſt, quia nihilo minus iuris habet is, cui non eſt tradita poſſeſſio, quam cui eſt tradita, ſed tantundem uterque ex æquo. Nam & quam rem non accepit, vindicare poteſt, ut habeat, eandemque necdum acceptam diſtrahere, ſi modo convenerit, ut pignori eſſet, & quam accepit, amittere poteſt, ut illi eadem vindicatio ad eam perſequendam neceſſaria ſit.

III. Eo factum eſt uſu loqnendi iure recepto, nt utrumque pro eodem accipiatur, dicaturqne hypotheca etiam quæ ab initio tradita eſt, quia non traditio, ſed conventio obligationem fecit; & contra quæ non eſt tradita, recte dicatur pignus, quia iure nihilominns ſit obligata, teneaturque creditori, quam ſi tradita eſſet. Qua ex ratione iuris atque uſu illud a Martiano dictum eſt, inter pignus & hypothecam tantum nominis ſonum differre. *L. res hypothecæ de pignor.*

IV. Eſt antem obſervandnm, pignoris verbnm itemque hypothecæ interdum pro ipſo rei nexu, & obligatione ſumi, ut cum quærimus, quibus modis pignus, vel hypotheca contrahatur, item quibus modis ſolvatur. Neque enim ant illic rem contractam, aut hic rem diſſolutam intelligimus, ſed utrobiqne obligationem pignoris aut contractam, aut diſſolutam. Frequentius tamen rem ipſam ſignificat, quæ nexa eſt. Cuius generis illa ſunt, cum pignus traditum creditori, pignus idoneum, pignus venditum aut diſtractum eſſe dicimus. Qua etiam ſignificatione a nobis definitur, & recte; cnm obligationem rei ſine re, quæ obligetur, fruſtra requiramus.

V. Illud videamus, quam vim in ſuperiore definitione habeat, quod adiecimus, rem pro debito obligatam. Nempe huc pertinet, pignus principalis obligationis acceſſionem eſſe; niſi quid, cui debeatur, fruſtra pignus ei conſtitutum videri. Probant hoc exemplo pleraque ſub hoc titulo relata, quæ ad hanc regulam exigi debent. Triphoninus in L. Is, qui promiſit, 33. *Is qui promiſit*, inquit, *tibi, aut Titio, ſolutum quidem Titio repetere non poteſt, ſed pignus ei datum ante ſolutionem recipit*. Cur? dicet aliquis. Plus

enim

enim eſſe videtur, pecuniam ſolutam retinere, quam pignns, quod eius pecuniæ nomine tantum obligatum eſt. Nempe quia Titio nihil debetur, cui, ſtipulari non potnimus, ideoque nec pignus in eius perſona potuit conſiſtere, quod eius obligationis acceſſio eſt.: at ei recte ſolvitur, quia ad ſolutionem adiectus eſt, non ad obligationem. *L. ſi quis alii*, §. *plane inſtit. de inutil. ſtip.* Inde etiam Paulus reſpondit, *L. ſi legati, his tit.* ſi legati conditionalis relicti filiofamilias nomine, pater ab hærede rem propriam eius accepiſſet, & mortuo patre, vel emancipato filio conditio legati extitiſſet, incipere filio legatum deberi; quod ad pignus attineret, neque filium id vendicare poſſe, quia ipſe id non accepiſſet, neque patrem, aut alium ſucceſſorem nomine patris, quia in perſona eius nunquam conſtitiſſet, cui nihil ex eo legato unquam debitum fuit. Traditum eſt enim, cum ei, qui in aliena poteſtate eſt, quid legatum eſt, ſi cum dies legati cedit, ſui iuris inveniatur, legatum ei ipſi acquiri, non ei, cnius in poteſtate fuit. Conditionalis autem legati dies tunc demum cedit, cnm conditio legati extitit. *L.* 5. In princ. & §. *ult. D. quando di. leg. ced.*

VI. Sed ut ſine obligatione in quam pignus deſtinamus, nullum pignus eſt: ita ſciendum eſt, ſi quæ ſuberit, pro quacunque obligatione rem hypothecæ dari poſſe Ait enim Prætor, *ſi creditori pro eo, quod ei debetur*. Ac ſi civilis erit, aut Prætoria, id eſt, eiuſmodi, ex qua agi poſſit, minor dubitatio eſt, an pro ea pignus dari poſſit. Dari vero ſine controverſia eſt, quocnnque modo contracta ſit. Nam qui eo modo debet, vere debere eo proprie intelligitur, idcirco, quia efficaciter. *L. debitor, D. de verb. ſig.* Sed ut natnralis tantum ſit obligatio, qua qnis teneatur, etiam pro ea pignus conſiſtet, ut poteſt & fideiuſſor intervenire. *L. res hypothecæ L. quæſitum*, In fin. *D. de pignor.* Naturales autem obligationes vocamus eas, ex quibns quidem nulla actio ſit; ſed ſi quid propter eas ſolntnm fnerit, repeti non poſſit, *L. naturales, de obliga. & act.* quæ ex eo naſcuntur, ſi quis in aliqua re alterius fidem ſit ſecutus. *L. cum amplius*, §. *is natura, de reg. iur.* Sint exempli gratia, nſuræ indebitæ iure civili, quia per ſtipulationem promiſſæ non ſint, verum convenerit, ut præſtarentur; ſi pignus in eam cauſſam datum eſt, non prius liberabitnr, quam ſolutæ fuerint. *L. in iis*, §. *Imperator, de ſolution. L. ſolutum*, §. *ſive autem, de pig. act.* Eodemque modo cum ſervus naturaliter obligetur tantum, non obligetur civiliter; ſi pignus pro eo datnm ſit, iure id tenebitur. *L. naturaliter, D. de condict. indeb.*

VII. Iam vero non ſolum pro præſenti obligatione pignus dari poterit, ſed etiam pro ſutura: veluti ſi quis pecuniam poſtea accepturna, aut aliquid ſub conditione promittens multo ante quam accipiat, aut exiſtat conditio, creditori cum quo egerat, pignus in eam cauſſam deſtinaverit tantummodo nr in his admoneatur, non ante pignus eſſe, quam conditio, aut res extiterit *d. L. res hypothecæ. pig.* Redeundum eſt enim ad id, quod initio poſuimus, niſi qnæ obligatio ſubſit, pro qua pignns datum eſt, pignus non eſſe: neque porro in conditionalibus obligationibus ante obligatio naſcitur, quam conditio extiterit. Adeoque vernm eſt, pignoris perſecntionem ex obligatione principali pendere ſicut & fideiuſſoris, ut quamvis cum dies ſtipulationi adiicitur, ſtatim obligatio ſit, quam ob cauſſam & pignus pro ea recte obligetur: tamen quia ante diem ex illa agi non poſſit, pignoris etiam perſecutio interim pendeat. *L. ſolvitur*, §. *ſi paciſcatur, D. quib. mod. pig. vel hy. ſol. L. cum ſolvenda, de diſtr. pign.* Si tamen interſit creditoris medio tempore pignora perſeqni, ut in locationibus contingit, dnm inquilini ſuſpecti ſunt, putat Ulpianus, & recte, eſſe permittendum. Ac quid ſit pignus, ſatis dictum eſt. Quod cnm conſtet id eſſe rem pro debito obligatam, deinceps quomodo obligetur cognoſcendum eſt.

CAP.

C A P. III.

Quomodo pignus conſtituatur, & quæ pignorum genera.

Pignoris contrahendi modus duplex; & quod pignoris utroque modo contracti nomen. I.

Conſtituitur pignus aut iuſſu magiſtratus, aut debitoris voluntate. II.

Illud prætorium; hoc conventionale. III.

I. Pignus contrahitur non uno modo. Nam aut lege conſtituitur tacite, cum res debitoris pignori ſubiiciuntur ſine alia conventione; aut iuſſu & voluntate eius ad quem ea res pertinet. Illud tacitum recte dicimus *L. eo iure, §. L. ex quib. cau. pig. vel hypot. tac. contr. L. unic. §. 1. C. de rei uxo. act. L. 1. C. commun. de legat.* hoc conſtitutum licet appellare, nec ſine exemplo. Sic enim & ſervitutes iure conſtitutas dicimus, cum ab his ſeparare volumus, quæ natura quodammodo rei, & lege imponuntur. *L. hoc iure, §. ductus D. de aq. quo. & æſti. L. 1. §. ultim. D. de dam. infec.*

II. Conſtitutum pignus, quod dicimus, duplex eſt. Nam aut magiſtratus iuſſu datur, & imperio, cuius de re iuriſdictio eſt; aut debitoris voluntate.

III. Illud prætorium dicitur: ut prætoria ſtipulatio, quia ex prætoris, & magiſtratus officio proficiſcitur: hoc cum ex conventionibus & pactis naſcitur, conventionale. Utriuſque meminit Iuſtinianus, in *L. ultim.* C. de prætor. pigno. *Veteris*, inquit, *iuris dubitationem decidentes ad duplum genus hypothecarum reſpeximus. Unum quidem, quod ex conventionibus, & pactis hominum naſcitur. Aliud, quod a iudicibus datur, & prætorium nuncupatur.* Sed quod dicit, ad duplum genus hypothecarum reſpeximus, non ſic dixit, quaſi duo tantum hæc genera hypothecarum ſint, neque enim ille tradere diviſionem hypothecarum inſtituit, ſed duo genera pignorum ex tribus inter ſe exæquat, prætorium & conventionale: ut quemadmodum creditor ſi conventionalis pignoris poſſeſſionem amiſerit, ad eam recuperandam actionem habet in rem; ſic id perſequi liceat & vendicare, quod a magiſtratu datum eſt, ſi forte poſſeſſione eius ceciderit. Et in ſumma pignus aut lege conſtituitur, aut decreto, & iuſſu magiſtratus, aut privati debitoris vel alioquin Domini voluntate.

CAP.

C A P. IV.

Quibus in cauſſis pignus tacite contrahatur.

Res pignori ſubiici aut tacita conventione, aut privilegio; quibus in rebus illa verſetur. I.

Inducta & illata in urbana prædia dumtaxat pignori eſſe tacite. Singulorum explicatio II. & ſeqq.

Exponitur L. Urbana prædia 198. D. de V. S. *Quæ & cum* §. ſtabula *L.* 5. D. in quib. cauſſ. pign. *conciliatur*. III.

Superiori definitioni minime reſiſtit L. ruſticorum 2. D. de ſervit. præd. ruſtic. IV.

Obiecta alia diluuntur. V.

Cuiuſmodi obligatio pignoris in illatis; & per ſecundum conductorem illata pignori obligari. VI.

Invecta & illata in ruſtica prædia non eſſe pignori niſi ſit & de iis cautum: Hoc quatenus; & quid in ruſticis diſſimile ab urbanis. VII. IX. X.

Contrariis occurritur, & L. certi iuris 5. C. de loc. & cond. *exponitur*. VIII.

Ex privilegio tribui pignus, aut perſonæ creditoris, aut rei vel cauſſæ. XI.

Perſonæ: *Fiſco, pupillo, minori*. XII.

Quale Fiſci pignus ex privilegio. XIII.

Adverſus quos pupillus & minor habeant pignoris privilegium. XIV.

Pignus ex privilegio tribui cauſſæ dotis. XV.

Item legatis & fideicommiſſis. XVI.

Pignus inſulæ tribui pecuniam mutuanti ad eius reſtitutionem. XVII.

Sed non ad Ædium emptionem. XIX.

Hoc inſulæ exemplum non trahi ad conſequentiam. Error Accurſii & aliorum revincitur. XVIII.

I. LEge debitoris res pignori ſubiiciuntur aut tacita quadam ex contrahentium conventione, aut privilegio; conventio de quibuſdam rebus interponi creditur in prædiorum tam urbanorum, quam ruſticorum locatione. Quo in genere ſic ius conſtitutum eſt.

II. „ Inducta & illata in prædia urba-
„ na, pignori eſſe obligata locatori: quaſi
„ id tacite convenerit, non ſolum pro
„ penſionibus, ſed & ſi deteriorem ha-
„ bitationem fecerit culpa ſua inquilinus,
„ quo nomine cum eo ex locato actio
„ eſt. *L. eo iure*, 4. *L.* 2. *D. in quib.*
„ *cau. pig. vel hy. tac. contraha. L. item*
„ *quia D. de pact.* In prædiis ruſticis
„ contra. In iis tamen fructus, qui ibi
„ naſcuntur, eodem modo pignori eſſe,
„ ut inducta & illata in prædia urbana
„ diximus; etiamſi id nominatim non
„ convenerit: *d. L. eo. iure L. in prædiis*, de quorum verborum ſententia, quia locus poſtulat, dicendum eſt. Ait lex. (Sic enim mihi nunc vocare libet id Ius, quod de iis cautum eſt) *inducta & illata*. Inducta, & illata in prædium, ſic accipere debemus, non verbo tenus, quæ inducta ſunt quovis modo, ſed ex ſententia legis, & contrahentium, quæ eo animo inducta ſunt: ut deinceps ibi ſint, *L. in prædiis*, §. *ult. D. eod.* id eſt, ut ſint perpetuo quandiu conductor manebit. Id enim hoc verbi ſignificat: *ut ibi ſint, L. debitor D. de pig. L. ex facto*, §. *rerum D. de hered. inſtit.* non temporis cauſſa, quo in genere ſunt ea, quæ cum alibi conductor in deſtinato, & conſtituto loco haberet, uſus alicuius neceſſarii cauſſa tranſduxit in habitationem conductam, ut poſtquam illis uſus eſſet, ea deinde in ſuum locum referret. Nam quæ in hac cauſſa ſunt, non ut ibi eſſent, ubi nunc utitur conductor, inducta ſunt, ſed ut iis ad tempus uteretur, ut ſi operi faciundo ſervos, quos alibi habebat, adhibuerit; ſi ad convivium, quod hic apparabat, utenſilia ex aliis ædibus eius convivii cauſſa mutuo ſumpſerit. De differentia autem horum verborum, vide *L. ferri, D. de verb. ſig.*

III. Ait lex, *in prædia urbana. Urbana prædia*, Ulpiano authore, *omnia ædificia* accipere debemus, *non ſolum ea, quæ ſunt in oppidis, ſed etſi forte ſtabula ſint, vel alia meritoria in villis, & in vicis: vel prætoria voluptati tantum deſervientia, quia urbanum prædium non locus facit, ſed materia. L. Urbana. D. de verb. ſignific.* Materiam ille vocat cæmenta, lapides; tigna, & cæteras res, ex quibus ædificia fiunt, ut ſit ſenſus, urbana prædia a ruſticis materia, qua res conſtat, diſcerni, non loco. Et ſane peculiariter etiam materia dici-

tur, lignum ad ædificandum paratum; ſicque a ligno diſtinguitur, ut ſit materia, quæ ad ædificandum, fulciendumve neceſſaria eſt: lignum, quicquid comburendi cauſſa paratum eſt. *L. ligni. D. de leg.* 3. Idcirco autem ædificia, etiam quæ in villis ſunt, prædia urbana dicuntur, quia ad imitationem, & uſum urbanum facta ſunt; denique quia talia ſunt, qualia quæ in urbibus habentur. Quæ in urbibus ſunt, frequentandarum urbium, & habitandi cauſſa parata ſunt. Quæ huius rei cauſſa facta ſunt, ubicunque ſint, ideo urbana dicimus. Idque non paulo rectius, quam mancipia ex genere, & inſtituto ſerviendi urbano, quia Domino miniſtrant, non operi ruſtico faciundo operam dant, urbana appellamus. *L. Urbana familia: D. de verb. ſig. L. ſervus Urbanus, D. de legat.* 3. Nam homines non huius rei cauſſa naſcuntur, ut illi, aut illi rei ſerviant, tantumque id deſtinatione Domini fit, non rei natura, & fine. Ædificia autem, niſi ut incolantur, non fiunt, neque ruri, neque in urbe. Omnia enim aut hominum, aut cæterarum rerum recipiendarum cauſſa extruuntur, ut vel natura ſua ab initio ad uſum urbanum, & formam inſtituantur. Sed num hæc Ulpiani definitio vera eſſet, per ſe alioqui ſatis aperta; controverſum nobis fecit Neratius, cuius de hac re contraria, ut videtur, extat non uno in loco definitio. Is in *L. eo iure, §. ſtabula*, hoc titulo ſcribit; *ſtabula, quæ in continentibus ædificiis non ſunt*, urbanorum prædiorum numero non eſſe, *cum a cæteris ædificiis ſeparata ſint: quamvis, quod ad cauſſam taciti pignoris attinet, non multum ab urbanis differunt*. Quod eſt his ut videtur, quæ de hoc genere ex Ulpiano ſupra retulimus, valde contrarium. Is enim præterquam, quod ædificia omnia una definitione complexus eſt, nominatim etiam ſtabula, aliaque meritoria ubicunque eſſent, urbana prædia eſſe adiunxit. Sunt, qui velint Ulpianum de ſtabulis loqui, quæ hominum recipiendorum cauſſa parata ſunt. Neratium de iis quæ gregum ſtabulandorum. Hi dicerent aliquid fortaſſe, ſi Ulpianum oſtenderent, cum ſtabula nominavit, de hoſpitio tantum ſenſiſſe. At ille de ſtabulis infinite loquitur. Quod ſi ex verbi ſignificatione & loquendi uſu res pendenda eſt; qui ſtabula dixit, ſi Latine locutus eſt, non dico utrunque genus complexus eſt; ſed ædificia, aut loca gregibus & pecoribus, aut feris continendis parata dixit, non hoſpitia ſignificavit. Id enim ſtabulum vi ipſa ſignificat. Ductum eſt enim verbum a ſtando, quod brutorum divertentium proprium eſt, non hominum. Nec temere quiſquam aliter hoc verbo uti reperietur, niſi qui rem ab animantibus brutis ad homines transferre voluit. Quid enim ſtabulari, quid ſtabulatio, quæ inde dicta ſunt? quis hæc niſi de brutis uſurpat? Quis dandam eſſe operam dixit, ut homines commode ſtabulentur, pro eo, quod eſt, habitent? Quis hominibus ſtabulationem eſſe comparandam, pro habitatione, & diverſorio? At hæc omnia de animalibus brutis paſſim dicuntur. Nam quod addit Ulpianus. *Vel alia meritoria in villis*, quid ad rem pertineat, non intelligo, ut ille ſtabuli verbo, quo antea uſus erat, diverſorium intellexiſſe arguatur. Stabula inquiunt, meritoria intellexit Ulpianus, poſtquam ita addidit: *vel alia meritoria*. Primum non neceſſe eſt ita interpretari. Potuit enim, ac niſi fallor, debuit ſic accipi: Sed & ſi forte ſtabula ſunt, quæ gregibus, & armentis non hominibus accipiendis ſerviunt, vel alia ædificia meritoria, quæ divertendi ſcilicet tantum cauſſa parata ſunt, non habitandi, non magis quam ſtabula prædiorum urbanorum numero erunt, ut ſit ſenſus. Quæcunque ædificia ſunt in villis, etiam ſi ad habitandum parata non ſint, urbana tamen prædia eſſe, cuiuſcunque generis fuerint. Quod ut eum ſentire intelligeremus, ſtatim ſubiunxit. *Quia Urbanum ædificium non locus facit, ſed materia*. Videturne, cum hæc dixit, de omnibus ſtabulis aperte ſignificare voluiſſe? Ut enim ſtabulis iumentorum ædificii nomen detraxerimus, tamen materia conſtare relinquetur. *At prædium Urbanum*, inquit, *non locus facit, ſed materia*. Sed eſto his verbis: *vel alia meritoria* ſignificarit Ulpianus ſe ſtabula prius cum dixit, meritoria intellexiſſe, continuone diverſoria eum dixiſſe intelligemus? At nihil vetat, meritoria eſſe etiam ea, quæ iumentis ſtabulandis deſtinata ſunt. Nihil vetat denique meritoria eſſe edificia ſtabulandi cauſſa parata: ut tamen ſiut ædificia. Ne longius abieris. Nonne ſi omnia meritoria, diverſoria eſſe putamus, ridicule Ulpianus, cum prius diverſoria dixiſſet, quæ appellatione ſtabulorum, ut iſti volunt, intellexit, addidit poſtea: vel alia meritoria? Hoc enim perinde foret, ac ſi diceret, urbana prædia eſſe, ſi forte diverſoria ſint in villis, vel alia diverſoria. Quo quid ineptius? Quod ſi ex meritoriis ædificiis alia ſunt hominum recipiendorum cauſſa facta, alia pecorum & iumen-

iumentorum, cur non e converſo potius ſtabulorum verbo ea, quæ iumentorum cauſſa parata ſunt, ut vis verbi, & uſus poſtulat, accipimus, aliorum autem meritoriorum appellatione ea, quæ ſunt hominum cauſſa parata? Poſtremo ne ſic quidem multum profecerimus, ſi Ulpianum ſtabulorum verbo hoſpitia ruſtica intellexiſſe dicemus. Ut enim de ædificiis iumentorum ſtabulandorum cauſſa paratis non loqueretur, tamen quid de iis quoque tenendum eſſet, ex eius definitione intelligeremus, cum ita dicat, urbanum ædificium non locum facere, ſed materiam. Sed nec Neratius hic addidit, quæ ſtabula intelligeret. De ſtabulis uterque & generaliter loquitur. Nec dubium eſt, quin ſtabula uterque intelligat, ædificia, quæ ad iumenta, & pecora ſtabulanda comparata ſint, ſi verbi uſum, & proprietatem ſequimur. Quid ergo eſt? Ergo Ulpianum, quæ in uſu iuris prædia urbana ſint, definiſſe puto, itaque eo tradidiſſe, urbana prædia eſſe omnia ædificia, quod ex ſententia iuris, quodcunque de urbanis prædiis loqueretur, hæc prædia ſignificarentur, licet minus proprie interdum. Quod intelligere licet ex hoc ipſo iure, quod eſt de illatis, & invectis in prædia urbana. In quo etſi neget Neratius ſtabula urbanorum prædiorum numero eſſe, iuris tamen ſententia hæc quoque ipſe in hoc numero haberi debere ait. Idem intelligere poſſumus in ſervitutibus urbanorum prædiorum, de quibus cum hoc ius ſit conſtitutum, ut non aliter non utendo amittantur, quam ſi vicinus quoque libertatem ſimul uſuceperit, cum ſervitutes ruſticorum prædiorum non utendo ſolum amittantur, *L. hæc iura, de ſerv. urba. præd.* in huius iuris interpretatione de ſententia, & mente legis prædia urbana accipimus ædificia, & urbanorum prædiorum ſervitutes, quæ ædificiis debentur, ſuntque in ſuperficie; ruſticorum eas, quæ in ſolo conſiſtunt. *§. prædiorum, Inſti. de ſervitu. prædio.* Neratium autem proprietatem verbi ſecutum hoc loco intelligo, eoque negaſſe ſtabula, quæ in continentibus ædificiis non eſſent, prædiorum urbanorum numero eſſe, quia proprie, & ex ea ratione, quam in definiendo hoc verbo ſecutus eſt, prædium urbanum non eſſet. Quod quo facilius intelligatur, animadvertendum eſſe puto, Neratium prædiorum urbanorum loco habuiſſe, primum ædificia omnia, quæ habitandi cauſſa parata eſſent, ubicunque eſſent. Quod ex eo facile colligitur, quod de ſtabulis hoc loco ſcribit. Nam cum dicat ea prædiorum urbanorum non eſſe ideo, quia neque ex genere cæterorum ædificiorum ſint, neque his ſint coniuncta: declarat, ſi quæ ſint alia ædificia, & ſi ruri ſint, prædiorum urbanorum loco ea ſe habere. Alioqui ſi ex loco ruſtica eſſe putavit omnia, quæ ruri eſſent, non debuit de ſtabulis hic dubitare, ſed de omnibus ædificiis, quæ in urbe, aut continentibus urbi ædificiis non eſſent, generaliter pronunciare debuit, prædia hæc urbana non eſſe, quia eſſent ruri. Hæc igitur primum ſine dubitatione in prædiis urbanis habuit. Proxime quæ in ea cauſſa eſſent, ut habitari poſſent, & poſſent homines accipere divertendi cauſſa, ut horreum, & diverſorium. Tertio loco quæ his coniuncta eſſent, tanquam iis deſervientia, ut aream, quæ in ædificio eſt. Hoc enim eſt, quod Ulpianus ſcripſit in L. 3. *hoc tit. ſi horreum fuerit conductum, vel diverſorium, vel area* (aream accipe, quæ in ædificio eſt, quod de hortis diſerte Ulpianus adiecit in *L. urbana prædia de ver. ſig.*) *tacitam conventionem de invectis, & illatis etiam in his locum habere putat Neratius*; de horreo videlicet, & diverſorio, & area ideo ſpecialiter dixit, quia dubitari poterat, num hæc ædificia prædiorum urbanorum eſſent, cum habitandi cauſſa parata non eſſent. Eſt enim horreum, quod reponendis, & aſſervandis frugibus, item fructibus paratum eſt, & in uſu Iuriſconſultorum fere is locus, in quo res quæque pretioſiſſimæ reponuntur, & cuſtodiuntur. Diverſorium, eſt hoſpitium, locus omnis, in quem ex itinere, vel aliunde divertimus commorandi cauſa, non habitandi. Quod Cicero expreſſit his verbis in Catone maiore: *ex iſta vita ſic diſcedo tanquam ex hoſpitio, non tanquam ex domo. Commorandi enim natura diverſorium nobis, non habitandi dedit.* Area autem eſt locus in urbe ædificiis vacuus, ut dubitari non poſſit, quin non ſit ædificium. *L. fundi, D. de verb. ſig.* Tacitam tamen conventionem de invectis, & illatis, in his locum habere putavit Neratius, quia hæc urbanorum prædiorum eſſent, quod vel incoli poſſent, vel ædificiis ſervirent. Quod ſi quæ neque habitandi cauſa parata eſſent, neque hominis habitationem reciperent, neque ædificiis coniuncta eſſent, cuiuſmodi ſunt ſtabula, id eſt, ſepta continendis, & ſtabulandis tantum gregibus deſervientia, quæ in continentibus ædificiis non ſunt; non dubitat, quin prædiorum urbanorum numero non ſint, non quia

ſint ruri, ſed quia neque forma, neque uſu urbana ſint. Nam cur de his ſolum pronuntiat, urbanorum prædiorum numero non eſſe, ſi diverſoria quoque, quæ in continentibus ædificiis non ſint, eodem numero babeat? Non ſunt igitur proprie, ut ad rem redeam, ſtabula huiuſmodi urbanorum prædiorum, cum a cæteris ædificiis ſeparata ſint. Et tamen hæc ipſa huc quoque referri debent, cum ædificio, & materia conſtent, ex legis ſenſu, quamvis minus proprie ita dicantur. Neque hoc cuiquam mirum videatur, quæ minus proprie urbana prædia dicantur, ea Neratium ſimpliciter dicere urbanorum prædiorum non eſſe. Hoc modo Iulianus de ſervo hærede ſcripto ab eo domino, qui in hoſtium poteſtate deceſſiſſet, deque filio eodem caſu a patre hærede inſtituto agens, locutus eſt in *L. lege Cornelia, D. de teſtam.* Nam eum in fine neceſſarium hæredem dici non poſſe ait, qui in poteſtate morientis non fuerit, quem paulo ante minus proprie ita dici ſcripſerat.

IV. Sed multo magis ſuperiori definitioni Ulpiani adverſari videtur, quod idem Neratius de ſervitute ruſticorum prædiorum tradidit. *L. 2. de ſerv. ruſt. præd.* Is enim ſcripſit, ruſticorum prædiorum ſervitutes eſſe, quæ ædificiis ruſticis debentur. Ruſticorum etiam inquit prædiorum ſervitutes ſunt, licere altius tollere, & officere prætorio vicini, vel protectum habere licere. Quæ duo niſi in ædificiis haberi non poſſunt ad ædificiorum noſtrorum utilitatem. Ita quæ ruri ſunt ædificia, hæc ruſtica prædia appellat, non urbana, omninoque iſta non materia diſtinguit, ſed loco. Equidem, quod ad me attinet, ex loco non male ruſtica etiam dici exiſtimo, quæ ruri ſunt, ſi modo recte dicuntur ruſtica, quæ ad rus pertinent. Nec novum eſt, quæ ruri ſunt, ita dici. Florentinus: In *L. fundi* de verb. ſignific. *Fundi appellatione omne ædificium, & omnis ager continetur: Sed in uſu urbana ædificia, ædes: ruſtica, villæ dicuntur.* Ulpianus *L. 1. §. Caſſius quoque,* D. de aqua pluviæ arcen. *Caſſius quoque ſcribit, ſi aqua ex ædificio urbano noceat, vel agro, vel ædificio ruſtico, agendum de fluminibus, & ſtillicidiis.* Sic quoque Neratium, prædium ruſticum nominaſſe certum eſt. Sed aliud eſt, cum verbum per ſe ex inſtituto loquentis ponitur, aliud cum in eo ſententia legis exquiritur. Quod ad rationem nominis attinet, nihil vetat diverſis rationibus idem prædium, quod ruri eſt quia ædificium ſit, ex ſimilitudine, & uſu urbanum dici, & rurſum, quia ruri ſit, & in villa, ruſticum. Cum autem ſignificatio ad legem, quæ de urbanis prædiis loquitur, revocatur, urbana prædia ædificia accipienda eſſe dicimus, ubicunque ſint, & maxime quidem in ſervitutibus; in quibus quæ ratio eſt, cur ædificii, quod in urbe eſt, ius non aliter admittatur, quam ſi una etiam vicinus uſuſceperit ſervitutem, eadem in ædificio, quod ruri eſt, locum babet. Quæ Ulpiani definitio eſt, quam initio retulimus, ad uſum legis ſcilicet accommodata, eadem Iuſtiniani in *§. prædiorum, Inſtit. de ſervit.* Quod autem Neratius ruſticorum prædiorum ſervitutes illas eſſe etiam dicit, licere altius tollere, & cæteras; non dicit quaſi definire volens, quæ ſint urbanorum, quæ ruſticorum ſervitutes. (Nam id quidem eſt aperte contra legis mentem & rationem) ſed hoc ſignificans, has ſervitutes altius tollere ædes, protectum habere licere, non in ædificiis ſolum urbanis, verum etiam in ruſticis conſtitui poſſe. Quod Ulpianus expreſſit in *L. 1. commun. præd.* his verbis. *Ædificia urbana quidem prædia appellamus; Cæterum etſi in villa ædificata ſint, æque ſervitutes urbanorum prædiorum conſtitui poſſunt.* Relinquitur igitur quæcunque ædificia ſunt, ea ſi conducta ſunt, cuiuſcunque generis & ubicunque fuerint, in his conventionem de invectis, & illatis locum habere vel Neratii ſententia; vel quod urbana prædia ſint, vel quod pro prædiis urbanis haberi debeant. Recte, ſi quidem in his nulli ſunt fructus, qui pro locatione pignori eſſe poſſint locatori, ut in prædiis ruſticis.

V. Dixerit quiſpiam, ſecundum hanc ſententiam eventurum, ut omnia illata, & invecta etiam in fundum, pignori ſint locatori, propterea quod quæ inducuntur in fundum, tamen omnia in ædificium aliquod inducuntur, ut ibi cuſtodiantur, & aſſerventur. Niſi forte quæ in fundum inducuntur, ea in ipſum agrum induci intelligimus ut ſint ſub dio; ubi illa corrumpi, & interire neceſſe ſit, quod eſt abſurdum. Iam vero omnia inducta pignori eſſe locatori, contrarium eſt ei diſtinctioni prædiorum, quam poſuimus. Ego ſic iudico, ſi ædificium per ſe alicubi conductum ſit, quæcunque in id prædium invecta, & illata ſint, pignori eſſe locatori; quia verum ſit, prædium urbanum eſſe, idque eſſe conductum. Sed ſi fundus conductus ſit principaliter, etſi in eo fundo ſit aliquod ædificium, quod

eius

eius fundi pars eſt (nam is proprie eſt fundus, ager eum ædificio *L. fundi D. de verb. ſig.*) aio, ſive in ipſum agrum, ſive in id ædificium res inductæ ſint, in ipſum fundum, id eſt, in prædium ruſticum inductas videri; quia fundus conductus ſit, non ædificium, & præterea id ædificium pars eius habeatur. *L. fundi, D. quibus modis uſufru. amit.* Sic fieri; ut in ædificium inducantur, neque tamen contra ſuperiorem diſtinctionem pignori ſint locatori. Sed ad reliqua pergamus.

VI. Ait lex; *Sunt pignori obligata*. De hac obligatione commodum hoc loco monendi ſumus, non eandem eſſe vim eius obligationis in omnibus rebus illatis, quæ futura eſſet, ſi res manifeſtaria conventione pignori eſſent obligatæ. Et hoc intereſt (inquit Paulus) *L.* pen. hoc tit. *quod manumittere mancipia obligata pignori non poſſumus; inhabitantes autem manumittimus, ſcilicet ante, quam penſionis nomine præcludamur. Tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus. Et deriſus eſt*, inquit, *Nerva iuriſconſultus, qui monſtraverat ſervos detentos ob penſionem liberari poſſe per feneſtras*, cum illinc conſpicerentur, quaſi non eſſent præcluſi, quos per feneſtras conſpicari poſſemus. Quod ait lex, omnia inducta obligata eſſe locatori, declarat, ſi is qui ædes conduxit, partem earum locaverit, ea quoque pignori locatori fore, quæ a ſecundo conductore inducta ſunt; in eam tamen ſummam duntaxat, in quam cœnaculum conduxit. Nam & hic conductor eſt, dominus locator. *L. ſolutum, §. ſolutam, D. de pig. act.* Plane *ſi gratuitam habitationem conductor mihi præſtiterit; invecta a me domino inſulæ pignori non erunt*, ut Pomponius *hoc tit.* ſcribit. *L. 5.* Quod ſic accipiendum eſt, ut in totum non ſit obligata; id eſt, neque pro penſionibus domus, quas nullas debeo; neque si deteriorem habitationem culpa mea fecero, quia verum eſt, me ædes non conduxiſſe. Lex autem quæ eſt de invectis, de inquilino loquitur, Is eſt autem, qui ædes mercede inhabitat.

VII. Sequitur de prædiis ruſticis; in quibus de invectis, & illatis contra obſervari Neratius author eſt. Quod quam ſententiam habeat, conſiderandum eſt. Et quidem cum prius dixiſſet invecta, & illata pignori eſſe locatori &, ſi nihil nominatim conveniſſet, mox ſubiiciat in prædiis ruſticis contra obſervari; nemini dubium eſſe poteſt, quin hoc ſignificet inducta, & illata in prædia ruſtica non eſſe pignori domino fundi, ſi nominatim ut pignori eſſent, non conveniſſet. Pro qua ſententia facit, quod Iuſtinianus in §. 3. verſ. *interdictum quoque Inſtit. de interdic.* ita ſcribit: *Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiſcendæ poſſeſſionis cauſſa comparatum eſt, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet*: tacite innuens de iis nullam eſſe perſecutionem, de quibus nihil eſſet pactum. Item quod de his prædiis loquens Pomponius, *L. 7. D. in quib. cauſſ. pign. tac. contr.* in iis, ait, *fructus, qui ibi naſcuntur, tacite intelligi pignori eſſe domino fundi locati, etiam ſi nominatim id non convenerit*. De fructibus loquitur tantum. Unde coniecturam capere licet, cæteras res non intelligi tacite pignori eſſe obligatas, niſi quid convenerit. Alioqui non fructus contentus fuiſſet dicere, ſed addidiſſet etiam invecta & illata in fundum pignori eſſe, quæ nihilominus, quam fructus pignoris iure teneri intelligerentur.

VIII. Extat tamen reſcriptum Alexandri ſub *tit. locati C.* quo de iis, quæ in fundum invecta ſunt, ita ſcriptum eſt, quaſi ea quoque pignori obligata ſint, ſi dominus ſciverit ea inferri. Cuius verba hæc ſunt: *Certi iuris eſt, ea, quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non eſt neceſſaria in rebus inductis, vel illatis ſcientia domini.* Nam ea quoque pignoris iure tenentur. Ex quibus verbis id colligi videtur; ut quæ in prædium ruſticum, vel urbanum inducta ſunt, ſine diſcrimine tacite pignori ſint omnia, etſi nihil nominatim convenerit. Sed quoniam in prædiis ruſticis aliud obſervari dicimus, quam in urbanis, ſit hæc diſſimilitudo; ut in prædiis urbanis non ſit neceſſaria domini prædii de rebus illatis ſcientia; in ruſticis contra eius voluntas, id eſt, ſcientia ſit neceſſaria. Sieque vulgo ab interpretibus iuris ad noſtra tempora id reſcriptum acceptum eſt. De qua ſententia plura non dicam, cum ſit iis, quæ diſerte a iuriſconſultis in hoc genere tradita ſunt iiſdem temporibus, quibus Alexander vixit, & ab iis ipſis Iureconſultis, qui illi in conſiliis fuerunt; ut Paulo, & Ulpiano contraria; quæ tamen conſentanea eſſe debuerant, & futura erant, ſi modo ita eſſet, ut illi interpretantur. Tantum admonebo, quod eſt in promptu, verbis reſcripti eam ſententiam nullo modo convenire. Ait reſcriptum, *ea*

Digitized by Google

ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum induxerint. Longe aliud eſt, voluntate dominorum aliqua inducta eſſe: aliud ſcientia: propterea, quod fieri poſſit, ut ſciat dominus pleraque inferri, quæ illi non placeant, nec poſſit prohibere; fieri poſſit etiam, ut eo ignorante multa inducantur, quæ ſi ſciret, volente eo fierent, & approbante. Deinde quid ad obligationem inductorum facit, quod dominus ea vidit inferri in fundum. Quid enim ad conſenſum mutuum pertinet de his obligandis, quod dominus ſcivit ea inferri? An quæ obligatio inter ignorantes non contrahitur, ea inter ſcientes contrahetur, ubi nihil conveniſſe illos certum eſt? Nihil cauſſæ eſt, neque hoc prudentiæ Alexandri, aut cuiuſquam Iuriſconſultorum convenit. Potius igitur viris doctiſſimis aſſentiendum eſt, Franciſco Duareno, Eguinario Baroni, Franciſco Connano, quos ego viros, ſicut ipſorum dignitas poſtulat, honoris cauſſa nomino, ſententiam Iuriſconſultorum de invectis & illatis retinentibus, illudque Alexandri reſcriptum ſic accipientibus, ut voluntate dominorum induci in fundum hoc ſignificet, volente & paciſcente domino; ut illa pignori eſſent, quæ ſunt in fundum inducta. Quod eſt iis, quæ dicimus, conſentaneum. Sed quoniam in eo laboratur quomodo verba reſcripti, quæ voluntate dominorum coloni in fundum induxerint, ad hanc ſententiam traducamus, cum fieri poſſit ut voluntate, ſeu pactione Dominorum quædam inducta ſint, neque tamen convenerit, ut poſtquam inducta ſunt, pignoris iure teneantur: de eo nobis dicendum eſt. Et mihi idem, quod pleriſque eorum videtur, ut qui id egerit cum colono, qui hanc legem locationi dixerit, id eſt, quod reſcriptum ait, qui voluerit; ut illa, aut illa inducerentur; ut ipſe & per conſequentiam pactus eſſe intelligatur, ut de iis ſibi promiſſum ſit, id eſt, pignoris loco teneantur. Nam alterius rei cauſſa id caviſſe intelligi non poteſt. Niſi vero fruſtra id placuiſſe dicemus. Quod cum agere aliquid voluerint, probandum non eſt. Idque uſus noſter comprobavit, apud quos hanc legem locationibus adiici uſitatum eſt, Et omnino cum quid dictum inter aliquos, actumve eſt, ſemper id efficiendum eſt in re dubia, ut pactio aliquid egiſſe videatur. Inde eum qui debitori ſuo cautionem reddidit, conveniſſe videri dicimus, ne peteret, profuturamque debitori conventionis exceptionem: *L. 2. de pact.* Quia non fruſtra reddiderit, neque porro alius redditæ cautionis uſus videri poſſit, niſi ut debitor ſecurus reddatur. Sic enim fieret pecunia ſoluta. Sic Paulus eum, qui uxori ſuæ ea, quæ vivus donaverat, vulgari modo legavit, non de aliis donationibus videri ſenſiſſe reſpondit, quam de iis, quæ iure validæ non ſunt. *Alioqui*, inquit, *fruſtra ei legaturus ſit, ſi ita exprimat: quæ uxori meæ iure donavero, ea ei lego, Nam inutile legatum futurum eſt. L. ſi quando, de leg.* 1. Quod autem dicitur in reſcripto Alexandri, *quando ædes locantur, non eſt neceſſaria domini ſcientia:* non ſic dicitur, per adverſativam, quaſi colligi debeat, cum ædes non locantur, ſed fundus, ſcientiam tantum domini, id eſt, voluntatem requiri. Sed ita dictum eſt, ut ex comparatione maiorum, si id, quod minus eſt, non requiritur, multo minus id requiri, quod maius eſt, intelligamus. Sitque quod Duareno noſtro recte videtur, hic ſenſus; tantum abeſſe, ut voluntas domini neceſſaria ſit, quando ædes locantur, ut ne requiratur quidem ſcientia. In ſumma, invecta & illata in prædia ruſtica non alias pignoris iure tenentur, quam si id convenerit, ut pignori eſſent.

IX. Sed convenire poteſt dupliciter, & aperte, cum id agitur nominatim; ut res pignori sint; & per conſequentiam quandam, cum id agitur; ut res in fundum colonus inducat. Id enim hoc valet, ut habeat dominus; unde poſſit illi eſſe cautum, quod hoc reſcripto Alexandri significatur.

X. Cur autem in his prædiis invecta & illata non sint pignori, ubi nihil convenit, in urbanis contra tacite pignori sint; id cauſſæ eſt, quod locatori pro penſionibus fundi ſatis cautum fuit fructibus quos pignori eſse diximus. Nam quam aliam ob cauſſam locator mercedem percipit, nisi quod colonus fructus habet? Qui si locatori obligentur, res ad eum ſua sine damno redit. Hi cum nulli eſſent in urbanis prædiis, neceſſe fuit ſi quidem ulla re caveri vellemus locatori, invectis, & illatis cautum eſſe. Dixi in quibus cauſſis pignus tacite obligetur, quaſi id convenerit.

XI. Nunc dicendum eſt in quibus detur privilegio. Id utilitatis cauſſa partim creditoris perſonæ tribuitur, cui lex conſultum eſſe vult; partim rei & cauſſæ, de qua agitur ſine ullo perſonarum, quæ contraxerunt, delectu.

XII. Creditoris gratia pignus datur lege in fiſco, & pupillo, minoribuſque viginti quinque annis.

XIII.

XIII. Quod ad fiſcum attinet, huius privilegium eſt, ut quiſquis quid fiſco quacunque ex cauſſa, & quocunque modo debere cœperit, eius ſtatim bona fiſco obligentur, tam quæ habet, quam quæ habiturus eſt. Publicæ utilitatis cauſſa, ſcilicet ut quæ in publicam cauſſam reditura ſunt, ea omni ratione diſſolvantur. *L. 1. L. 2. L. 4. C. hoc tit. tot. titu. de privileg. fiſci. C. L. aufertur, §. fiſcus. D. de iure fiſc.* Dixi exinde fiſco bona debitoris obligata fore, ex quo quid ei deberi cœperit. Nam ſi in privati creditoris locum ſuccedat, & alii ſint eiuſdem debitoris, qui privato debebat, creditores, pro anterioribus ſucceſſionis ſuæ temporibus privati iure utatur, ut quemadmodum privatus, in cuius locum fiſcus ſucceſſit, cæteris creditoribus non præferretur, ſi nullam hypothecam haberet, aut non haberet priorem, cum illi haberent, ſic nec fiſcus præferatur, qui privati iure utitur. *L. fiſcus 6. de iure fiſc.* Et hoc eſt, quod Ulpianus in *L. reſcriptum* in princ. *de pact.* ait *fiſcum quoque in iis caſibus, in quibus hypothecas non habeat, exemplum creditorum ſequi oportere:* intelligendum eſt enim, fiſcum pro anterioribus ſucceſſionis ſuæ temporibus hypothecas non habuiſſe, quin cæterorum creditorum exemplum ſequi deberet, ut ille ſequeretur, in cuius locum ſucceſſit, etiamſi alii hypothecam non haberent. In fiſci privilegio hoc notandum eſt, non ſolum debitoris ipſius bona pignoris obligari quod ſemper fit, ſed eſſe interdum cum uxoris, quæ ipſi debitori fiſci nupſit, dos pignori obligetur. Quod in primipili perſona conſtitutum eſt: ut tamen dos ſubſidio tantum teneatur; de quo extat conſtitutio ſub eo *tit. C. L.* 4. Tam arcta ſcilicet, & ad commodum Reipubl. pertinens primipili obligatio exiſtimata eſt, ut pro ea etiam dos uxoris, quæ tamen quodam modo ipſius mariti eſt, pignori teneatur. Cuius rei argumentum eſt, quod etiam filii qui patri hæredes non extiterunt, eo nomine pro ea coniunctione, quæ intercedit patri cum filio, ſpeciali iure teneantur. *L. ulti. Cod. de primip. lib.* 2. Eſt enim primipillus, qui militari annonæ curandæ præpoſitus eſt, cuius cura, & adminiſtratio omnibus rebus potior, & antiquior eſſe debet, utpote cuius neglectus, aut interverſio vel minima, maximas interdum in militibus corporum, & animorum remiſſiones facit.

XIV. De pupillo autem, minoribuſque vigintiquinque annis non idem ius eſt, ut quiſquis quid pupillo, cæteriſque minoribus quid debeat, huius bona obligentur. Sed hoc in perſona tantum tutorum & curatorum receptum eſt favore minorum, quorum res per alios geſtæ ſunt, ut eorum, qui geſſerunt, aut gerere debuerunt, bona pignoris titulo ſint obligata pro officio adminiſtrationis. *L. pro officio C. de adminiſtr. tut. L. unica, §. 1. C. de rei uxo. actio.* Illud ſpecialiter in perſona matris, quæ tutelam filiorum ſuſcepit, & necdum ratione reddita ad ſecundas nuptias venit, proviſum eſt conſtitutionibus, ut non ſolum ipſius matris, ſed etiam eius, qui matris tutelam gerentis nuptias affectaverit, bona omnia teneantur pupillorum rationibus obnoxia, ne quid in curia, vel fraude depereat. *L. 2. C. quando mul. tut. offic. fungi poſ. L. penul. C. eo. tit.* Præterea ex conſtitutione divorum fratrum, res pupillaribus pecuniis emptæ, iure pignoris pupillo obligatæ ſunt adeo ut ne ſervi quidem ea pecunia empti liberi fiant. *L. pe. C. de ſer. pig. dato manus.* Quod pro favore pupillorum ſingulari iure conſtitutum eſſe argumento erit, quod in cæteris rebus aliorum pecunia mutuo data emptis diverſum ius eſt, quas certum eſt, non aliter in obligationem pignoris deduci, niſi ſpecialiter, vel generaliter creditori ſint obligatæ. *L. quamvis. 2. C. de pignor.*

XV. Pro utilitate autem rei, qua de agitur, pignus lege datum eſt in his fere cauſſis. Primum in cauſſa dotis, de qua ita a Iuſtiniano cautum eſt in *L. unica. §. 1. C. de rei uxor. actio.* ut, pro dotis obligatione debitoris bona ex utraque parte hypothecæ ſubiiciantur, id eſt, tam mariti ad reſtitutionem dotis, quam accepit, quam mulieris pro ipſa dote præſtanda, vel rebus dotalibus evictis, nec non etiam cæterorum, qui aut pro marito dotem ſuſceperunt, aut pro muliere promiſerunt. In quo non perſonarum ſine dubio, ſed rei, de qua agitur, id eſt, dotis ratio habetur. Cuius ubique cauſſam præcipuam eſſe e Republica eſt. *L. 1. ſolut. matrim.*

XVI. In cauſſa quoque legatorum, & fideicommiſſorum, eiuſdem principis conſtitutione inter cæteras actiones, quæ ab eo inductæ ſunt, ut perſonalis, & in rem legatam, ſit tacita hypotheca; & pignoris perſecutio legatariis data eſt in rebus teſtatoris, adiuvandæ ſcilicet voluntatis teſtatoris gratia, quo modis omnibus eis ſatisfiat. *L. 1. C. commu. de leg.*

XVII. Poſtremo *Senatusconſulto, quod ſub Marco Imperatore factum eſt, pignus inſulæ creditori datum eſt qui pe-*

cu-

Digitized by Google

cuiuiam ob reſtitutionem ædificii extruendi mutuam dedit. Quod Papinianus interpretatur non tantum ad eum pertinere, qui domino inſulæ pecuniam mutuam dedit, ſed etiam *qui redemptori operis domino mandante nummos adminiſtravit. L. 1 hoc tit.* ſcilicet quia nihil interſit, utrum domino ad reſtitutionem ædificii mutuam pecuniam dederimus, an alii iuſſu eius in eam cauſſam. *L. ſolutum, §. ſolutam, D. de pig. act. tit. quib. modis toll. obli.* in princip.

XVIII. Quod ius Accurſius, & plerique omnes eum ſecuti, ad eos omnes pertinere putant, qui ad refectionem alterius rei, veluti navis pecuniam mutuam dederint Idcirco, quia horum quoque pecunia ſalvam fecit navem non minus, quam ille inſulam, cuius pecunia inſula reſtituta eſt. Quod ſi verum eſt, ne etiam ille, qui pecuniam ad rem emendam credidit, eam rem ſibi obligatam habebit, quia verum eſt, ut eam rem haberet debitor, per pecuniam creditoris eſſe conſecutum. Quod falſum eſt. *L. quanvis. L. 7. C. de pi* Et profecto ſic ſe res habet, ut cum S.Conſultum de eo factum ſit nominatim, quod ad refectionem, extructionemve ædificii crediderit, cæteri excludantur verbis, quia ad refectionem alterius rei pecuniam crediderunt, nec iniuria. Non enim eadem cauſſa eſt ædificii reficiendi, & navis, aut alterius rei conſervandæ. In ædificiis tuendis, ſarciendiſque publica utilitas verſatur. Agitur enim in eo dignitas urbis & ornamentum, ut ædificia integra ſint, & bene compoſita, non caſſa, & ruinoſa, ne ruinis aſpectus urbis deformetur. Itaque non in hac re tantum, ſed etiam in aliis contra non neceſſarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis, & ſartis tectis tuendis multa legibus cauta, & conſtituta ſunt. Nam & lege duodecim tabularum de tigno iniuncto alienis ædibus agere non permittitur, ut examinatur, ne per eam cauſſam ædificia diruantur: *L. 1. de tig. iniuncto*. & Senatusconſultis ea, quæ ædibus iuncta ſunt, legari non poſſunt: niſi hactenus, ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur. *L. Cætera. de leg. 1. L. 2. C. de ædific. priv.* Quorum nihil ſimile in navi, & cæteris rebus: ut dicendum ſit, verbis Senatuſconſulti ceſſantibus, & ſententia pignus in cæteris rebus non contrahi, quæ aut refectæ, aut emptæ ex pecunia noſtra fuerint; niſi de eo generaliter, aut ſpecialiter convenerit. Decepti ſunt, qui contra ſenſerunt. Primum ſimilitudine iſtarum rerum, quæ illis eſſe videbatur, quæ tamen nulla eſt, ut oſtendi: deinde quod apud Ulpianum legerant eum, qui in rem conſervandam pecuniam crediſſet, cæteris creditoribus eſſe potiorem, quibus eadem res prius obligata erat: & nominatim exempla addita ſunt de eo, qui ad armandam navem, vel reficiendam credidit: *L. interdum cum L.* ſeq. *inf. qui pot. in pigno. hab.* quaſi diceret Ulpianus hunc quoque tacite navem obligatam habere: quem dixerat in ea nave cæteris, quanvis prioribus eſſe potiorem, quia non poſſit eſſe potior in nave, niſi etiam ſit illi obligata. Quod profecto ab illis male colligitur. Hoc enim ſic accipiendum eſt; eum cæteris eſſe potiorem in pignore, ſi modo etiam res illa pignori obligata ſit. Neque enim eo loco tractatur, quomodo navis obligetur pignori: ſed ex iis, quibus obligata eſt diverſis temporibus, quis ſit potior, quæritur. Ille igitur erit, qui ad eam reficiendam, aut extruendam pecuniam credidit, quanvis poſterior crediderit, dummodo illud prius ſupponatur, huic quoque fuiſſe obligatam, quod fit aperta conventione. Huius rei certiſſimum argumentum eſt, quod Iuſtinianus de hoc privilegio loquens eorum, qui ad rem conſervandam pecuniam crediderunt, cum eos quanvis tempore poſteriores, antiquioribus creditoribus præferri dixiſſet; nominatim eum in hoc numero citavit cuius pecunia ager, vel aliud quidvis emptum eſſet. *Novella 97. de æqualit. do. § his conſequens*. Num ergo inde colligimus ex cuius pecunia ager emptus eſt; ei agrum emptum pignori obligatum eſſe? Minime, ut arbitror. Certi enim iuris eſt, niſi ſpecialiter, vel generaliter is obligatus ſit, pecuniæ numerationem agrum in cauſſam pignoris non deduxiſſe. *d. L. quanvis 17. C. de pigno.* Ex quo intelligi debet, nec in cæteris rebus id colligi ex illis locis poſſe, cum de omnibus eodem modo, ut de agro aliena pecunia empto loquatur.

XIX. In hoc Senatuſconſulto notandum eſt, quod Senatuſconſultum de eo, qui ad refectionem extructionemque ædificii credidit, loquitur. Unde colligitur, ut ſi quis ad ædes emendas pecuniam crediderit, quæ res ad conſervationem, & refectionem ædium nihil pertinet, is ædes pignori obligatas non habeat, quia ad conſervationem ædificii, & ad ruinas prohibendas, id eſt, ad utilitatem publicam nihil contulerit, propter quam cauſſam pignus inſulæ ei, qui ad eam reficiendam credidit, datum eſt.

CAP.

C A P. V.

De prætorio pignore, & quibus in cauſſis pignus a magiſtratu conſtituatur.

Tranſitio, & ordo. I.
Pignus prætorium duplex; alterum in cauſſa iudicati; quale hoc, & cur prætorium, non iudiciale vocetur. II. III.
Alterum, cum quis ex una aliqua cauſſa eſt in poſſeſſionem miſſus a magiſtratu. IV.
Quid prætorium pignus a legitimo & conventionali differat. V.

I. EXpoſitæ ſunt breviter eæ cauſſæ, in quibus pignus lege tacite contrahitur, quod pignus tacitum dicimus. Alterum genus erat pignoris, quod appellamus conſtitutum, quia non per ſe quaſi naſcitur ſine alia conventione, ſed aliena voluntate, & iuſſu conſtituitur. In quo illud primum eſt, quod a magiſtratu datur, indeque prætorium appellatur, de quo dicendum eſt.

II. Pignus magiſtratus iuſſu duabus in cauſſis datur. Unum genus eſt ex cauſſa iudicati. Eſt enim hic ordo iuris: ſi condemnatus intra id tempus, quod iudicatis datur, pecuniam non ſolvit: eius bona capi iubentur, ac diſtrahi: unde iudicatis ſatisfiat. Quæ cum capta, & occupata ſunt eo ordine, quo ius fieri præcepit, tum iure pignoris teneri intelliguntur, non aliter, quam cæteræ res quæ debitoris voluntate ſunt obligatæ: de quo Titulus in Codice Iuſtiniani, *ſi in cauſſa iudicati pignus captum ſit.*

III. Hoc genus quidam iudiciale vocant a iudicio, quod eius confirmandi cauſſa conſtituitur, non male fortaſſis, ſed tamen hæc omnia quæ a magiſtratu dantur, Iuſtinianus prætoria appellat. *in d. L. ul. C. de præ. pigno.* Quod eſt melius ne cum iudiciale hoc pignus dici audimus, exiſtimemus ideo ita dici, quia a iudice detur in iudicio. Quod non ita eſt. Nunquam enim in cauſſa iudicati pignora capiuntur iuſſu iudicis. Quid enim ſi iudex datus ſit? ſed a magiſtratu tantum, ſive is iudicaverit, ſive iudicem dederit, Iudicibus enim a prætore datis, non iudices, qui iudicaverunt, ſed prætor, cæterique magiſtratus, qui eos dederunt, ſententiam exequuntur. *L. a Divo Pio, D. de re iudic.* Unde a prætore rectius prætorium appellatur: quia ex officio eius hoc quoque proficiſcitur.

IV. Alterum genus prætorii pignoris in his cauſſis cernitur, ex quibus in poſſeſſionem quis a magiſtratu mitti ſolet. *L. non eſt mirum, de pig. act.* Has autem cauſſas complures eſſe conſtat, ut rei ſervandæ cauſſa, ut legatorum, ſeu fideicommiſſorum ſervandorum gratia & ventris nomine, & quæ ſunt eiuſdem generis, quæ ex ſuis locis petendæ ſunt, vide *L.* 1. & titulum, *quib. ex cauſ in poſſ. eat.* Utrunque hoc genus pignoris prætorii, & cauſſas, ex quibus conſtituatur, indicavit reſcripto quodam ſuo Antoninus Imperator quod extat ſub *titu C. qui potior. in pign. hab.* Cuius verba hæc ſunt. *Si decreto prætoris, qui de fideicommiſſo ius dixit, in poſſeſſionem fundi hæreditarii fideicommiſſi conditionalis ſervandi gratia prius inducti eſtis, quam adverſarius veſter in cauſam iudicati eiuſdem fundi pignus occupavit, eius iuſſu, qui iure ſententiam exequebatur, tempore potiores eſtis. Nam cum de pignore utraque pars contendit, prævalet iure, qui prævenit.*

V. Inter pignus hoc prætorium & cætera, quæ aut lege tacite dantur, aut conventione, hoc intereſt, quod illa ſimul atque obligatio ſubeſt, aut de pignore convenit, creditori obligantur, etiam ſi nunquam res in manus, & poſſeſſionem creditoris venerit. Quod autem a magiſtratu datur, non alias conſtituitur, niſi in poſſeſſionem ventum fuerit, quibus ex cauſſis in poſſeſſionem miſſi ſumus, aut res ex cauſſa iudicati capta, & occupata ſit. *L. non eſt mirum. D. de pig. act. L. 2. C. qui pot. in pign. & titu. C. ſi in cau. iud. pign. capt.* Ex quo eveniet, ut ſi forte decreta ſit a magiſtratu miſſio in poſſeſſionem, aut pignorum captio, prius autem quam res occupatæ ſint, diſtractæ fuerint a debitore, non detur earum nomine creditori perſecutio, quia pignus ante conſtitutum non fuerit, quæ tamen futura eſt, tum cum in poſſeſſionem ventum erit, si creditor earum rerum poſſeſſione exciderit. De quo extat Iuſtiniani conſtitutio. *L. 2. C. de præto pig.*

C A P. VI.

De pignore conventionali, & de conventione, quæ in eo contrahendo neceſſaria eſt.

Continuatio. Pignus ex domini voluntate conſtituitur teſtamento vel conventione. I.

In poſteriore totum efficit conſenſus; quid huic rei conſequens. II.

Conſenſus hic quomodo explicatur rebus & factis. III.

Conventio de pignore aut ſpecialis aut generalis: quid utraque. IV.

Quid rerum in utraque contineatur æſtimari ex verbis. V. & ſeqq.

Quid ſit in ſpeciali comprehenſum quatenus ex ipſa vi & uſu verborum intelligatur. VI.

Quæ acceſſerint comprehenſis nominatim, & quæ inde nata in pignoris obligationem venire. VI. VII. VIII.

Generali conſtituta hypotheca res omnes quas quis habet, obligari. IX.

Immo & res quas quis habiturus erit obligari poſſunt. X.

An qui res ſuas, *vel* ſua bona *pignori obligare ſe dixit, præſentia comprehendat tantummodo, an etiam futura.* XI.

Quæ tacite excepta intelligantur ex obligatione earum rerum quas quis habet, & habiturus erit. XII.

Nullum eſſe pignus earum rerum quæ nec ſunt ſpecialiter, nec generaliter obligata. XIII.

Exceptio doli mali datur creditori adverſus debitorem ſuam rem petentem; quando, & quibus in cauſſis. XIV.

Aditus ad Cap. ſeq. XV.

I. CUM neque lege pignus datum erit, neque iuſſu magiſtratus conſtitutum, reſtat ut voluntate Domini in ea re opus ſit, ſive debitoris ſit, ſive alius, ut res pignori obligetur, ex quo alterum genus naſcitur pignoris conſtituti, de quo deinceps nobis cognoſcendum eſt. Domini voluntate pignus conſtituitur teſtamento, aut conventione. Nam & teſtamento pignus conſtitui poſſe Ulpianus teſtis eſt in *L. non eſt mirum, de pignorat. actio.*

II. Sine teſtamento nuda conventione pignus contrahitur iure honorario, cum quis paciſcitur, ut res eius propter aliquam obligationem ſint pignori obligatæ. *L. 4. de pign. L. ſi tibi decem, §. de pignore, de pact.* In quo ſi quam vim habeat, quod dicitur conſenſu contrahi, intelligemus facile, quæ huic rei conſequentia ſint, de quibus ſub his titulis multa videbimus. Eſt autem de hoc genere ita ſcriptum apud Iuſtinianum ſub titulo *de obligation.* ex conſenſu. *Ideo*, inquit, de obligationibus, quæ conſenſu contrahuntur, loquens, *iſtis modis dicitur conſenſu obligatio contrahi, quia neque ſcriptura*, ut in literarum obligatione, *neque præſentia*, ut in ſtipulatione *opus ſit: ac nec dari quicquam neceſſe ſit, ut ſubſtantiam capiat obligatio, ſed ſufficiat eos, qui negotia gerunt, conſentire. Unde inter abſentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per Epiſtolam, vel per nuntium.* Cum pignus eodem modo contrahi dicamus, neceſſe eſt nimirum eadem in hoc quoque genere intelligi. Sequitur igitur, ut rem tradi neceſſe non ſit, quam pignori obligatam velimus, *L. 1. de pigno. act.* ſequitur, ut inter abſentes recte contrahatur. *L. creditor prædia, D. de pign.* Nec ſcriptura deſiderabitur, *d. L. 4. L. tabernam, §. 1. eod. tit.*

III. Et quoniam non ſolum verbis voluntas cuiuſque & conſenſus declaratur, ſed etiam rebus ipſis, & factis. *L. 2. de pactis L. de quibus, D. de legib.* nihil intererit ad pignoris obligationem, utrum quis de pignore dando verbis convenerit, an re aliqua, & facto obligationi rei ſuæ ſe conſentire oſtenderit, ut de eo reſponſum eſt, qui poſtulante debitore chirographum præſcripſit ſua manu nomine debitoris, quo continebatur, illum pecuniam accepiſſe a Septitio, & ſimul conveniſſe, ut Septitio creditori res pignori eſſet, quæ dantis non erat, ſed eius, qui chirographum ſcripſerat. *L. fideiuſſor, §. 1. de pignor.* Huc pertinet illa Martiani coniectura, interpretantis, ſi quis fideiubeat, cum res illius a debitore, pro quo fideiuſſit pignori data ſit, intelligi hoc ipſo, quod fideiuſſit, mandare, res ſuas obligatas eſſe. *L. Pom-*

Pomponius, *§. 1. in quib. cau. pign. vel hypoth. contr.* In quo coniectura voluntatis ex comparatione maiorum ducta eſt. Nam qui ſeipſum pro alio obligat, multo magis res ſuas, quæ ab eodem oppigneratæ ſunt, obligatas eſſe patietur. Idque ſe velle ſequenti facto declaravit. Unde recte ait Martianus; *ſi ante quis fideiubeat, poſt deinde eius res hypothecæ ſint datæ, non idem dicendum eſſe, quia ſcilicet nullum factum Domini poſt pignoris dationem ſecutum eſt, unde illum eam obligationem probare conſtaret.*

IV. Conventio de pignore duplex eſt, ſpecialis & generalis. Specialis cum ſpecialiter, & nominatim certæ res pignori opponuntur. Generalis, cum ſine ulla rerum notatione, generaliter res omnes obligantur, quas quis habet, aut quas habiturus eſt. *L. 1. L. & quæ, §. 1. de pig. L. 2. C. eod tit.* Quid utraque conventione contineatur quæritur. Nam ad quas res conventio pertinebit, eas obligatas eſſe neceſſe eſt. In quo de verborum vi omnis prope quæſtio eſt. Illæ enim res pignori erunt, quæ verbis demonſtrantur.

V. Et quidem cum ſpecialiter res quædam pignori obligatæ ſunt, hoc ſolum quærendum eſt, quæ res conventione comprehenſæ ſint. Nam hæc ſine dubio pignori futuræ ſunt, non aliter. Ex quo illud eſt, quod Papinianus ſcripſit, *L. 1. §. 1. de pignor.* ſervo pignori dato, creditorem peculium eius nullo iure diſtrahere. Quippe peculium, ſervi appellatione non continetur, multoque minus ſervi pars intelligitur. Iſta ratione cum prædia, & mancipia, quæ tum in prædio erant, debitor pignori dediſſet, atque illis defunctis alia in demortuorum locum ſubſtituiſſet, quamvis videri poſſent hæc, quæ ſubſtituta ſunt, defunctorum loco eſſe, tamen non eſſe obligata creditori Modeſtinus reſpondit. *L. fideiuſſor, de pign.* Recte, quia hæc non illa eſſent, quæ pignori erant obligata. Sed diligenter, quæ cuiuſque rei appellatio ſit, conſiderandum eſt. Sæpe enim fit, ut quæ res ab initio datæ non videntur, quia tum non eſſent, poſtea cum acceſſerint, in obligationem veniant, quia vi nominis eius, quod dictum eſt, contineantur. Unde grege pignori obligato, tametſi alicui videri poſſunt ea ſola capita obligata eſſe, quæ quo tempore grex obligatus eſt, in grege fuerunt, tamen & quæ poſtea naſcentur, & alia omnia, quæ in locum demortuorum capitum ſubſtituta fuerint, pignori tenebuntur. De quibus tamen nihil nec ſpecialiter, nec generaliter conveniſſe videtur. *L. grege*, in princ. *de pigno.* Hoc ut reſpondeamus: vis verbi intellecta, & animadverſa facit. Grex enim eſt obligatus, non ſingula corpora, quæ tum erant, cum de pignore convenit. At quamvis totus grex renovatus fuerit, paulatim alias oves aliis ſubſtituendo, tamen dum renovatus sit modo, grex idem, idem corpus eſſe intelligitur, quod prius fuerat. *arg. L. proponebatur, de iudic.* Igitur & quæ poſtea ſubſtituta ſunt, pignori erunt: Grex enim ut dixi, non singula corpora obligata ſunt. Neque contrarium eſt, quod de mancipiis in aliorum, quæ obligata erant, locum ſubſtitutis diximus. Grex enim & aliis novis capitibus ſubſtitutis ſemper idem eſt. Mancipia vero morte eſſe deſinunt, nec poſſunt dici, quæ ſubſtituuntur, illa eſſe, quæ prius fuerant. Huc referri debet, quod de taberna ſcripſit Scævola, *L. Tabernam, de pig.* si taberna pignori data sit, merces, quæ taberna continentur, ibique exercentur, pignori oppoſitas videri. Sic enim uſitata figura metonymia tabernam, id eſt, locum ubi exercentur merces, pro eo, quod continetur, dicimus. Et univerſitas cum intelligatur data rerum ad negotiationem pertinentium, quæ aſſiduam commutationem recipiunt, non quæ nunc ſunt merces, erunt pignori, aut quæ poſtea, ſed quæ tunc reperientur, cum pignus creditor perſequetur. Ita non quid tunc fuerit, cum res pignori dabatur, ſed quid verbi appellatio complectatur, ſpectandum eſt.

VI. Sed cum dixerimus, in ſpeciali conventione nihil, niſi, quod ſpecialiter comprehenſum eſt, contineri, tamen ſciendum eſt, cum quid datum eſt, per conſequentiam etiam illa, quæ ei rei poſtea acceſſerint, item quæ inde nata, profectave fuerint in obligationem pignoris venire.

VII. Prioris generis eſt, ſi quid fundo per alluvionem acceſſit, *L. ſi fundus, D. de pig.* ſi cum nuda proprietas pignori data eſſet, uſusfructus proprietati accrevit. *L. ſi convenerit, §. ſi nuda*, infr. *de pig. act.* Item ſi area pignori obligata, aut novum aliquod ædificium areæ impoſitum, aut veteri deſtructo aliud reſtitutum fuerit. *L. ſi fundus, §. ſi reſ. L. ul. de pig. L. domo, de pig. act.* Quæ omnia pignoris cauſſam ſequentur. Atqui nihil horum, quæ ſecuta ſunt, pignori obligatum eſt. Nihil, ſed non ideo hæc obligantur, quia quicquam de his convenerit, ſed quod ab illis trahantur. Cum enim totum pignori datum ſit, & totum

ſine partibus ſuis eſſe non poſſit, neceſſe eſt, eas res, quæ poſtea acceſſerint, pignori quoque eſſe, quo eius rei, quæ data eſt, partes eſſe cœperunt. Non eſt autem incerti iuris, & uſumfructum amiſſum ſequi proprietatem, & quod ſolo impoſitum eſt, ſolo cedere, ſic ut ſoli & areæ pars eſſe incipiat. *§. 1. Inſtit. de uſufru. L. adeo, §. cum in ſuo, de acq. rer. dom.* Adeoque ædificium, quod areæ obligatæ impoſitum eſt, pignoris cauſſam ſequitur, ut quanvis non apud debitorem, ſed apud alium, cui area vendita eſt, impoſitum ſit, pignori tamen obligetur, recteque una cum area, quæ cum ſua cauſſa diſtracta eſt, a creditore vindicetur. Sic tamen, ut non aliter poſſeſſor, ſi bonæ fidei poſſeſſor eſt, cogatur creditori ædificium reſtituere, quam ſumptus in extructionem erogatos, quatenus pretioſior res facta eſt, recipiat. *L. Paulus, §. domus, de pign.* Quod ei emptori tributum non eſt, qui ſcivit re alii eſſe obligatam, quam emebat. Hic enim cum ſciret rem ab alio evinci poſſe, eſt, quod ſibi imputet, ſi, cum poſſet, & deberet diligentius ſibi a venditore cavere, non fecerit. *L. cum poſtulaſſem, § 1. de damn. infect.* Sed cur hæc in uſufructu areæ, aut domus conſtituto ſecus obſervantur? Tantum enim abeſt, ut novo ædificio areæ, cuius uſusfructus legatus eſt, impoſito, aut alio reſtituto, huius quoque uſusfructus accedat, ut etiam areæ uſusfructus, qui ante fuerat, extinguatur. *L. repeti, quib. mod. uſuf. amit.* Non iniuria hoc de uſufructu reſpondetur. Uſusfructus enim non rei interitu, ſed mutatione amittitur. *d. L. repeti*. Rei autem mutatio ad formam pertinet, ut ſi aliam formam, & nomen res nacta ſit, dicendum ſit eius uſumfructum amitti, quia mutata eſt, etiam ſi corpus idem, & ſubſtantia maneat. Porro ædificio areæ impoſito, non iam area eſt, ſed domus, & cum aliud ædificium reſtituitur, non id eſt, quod prius fuerat. In pignore vero, & cæteris rebus amittendis, res ipſas videlicet naturaliter ſpectamus, ut quandiu id corpus manebit, quod obligatum eſt pignori, pignus natura manere neceſſe ſit, ob eamque cauſſam quicquid deinde ei impoſitum fuerit, eius cauſſam ſequatur. Itaque hoc aliter in uſufructu receptum eſt non naturali rei interpretatione, ſed conſtituto iure. Idque ita conſtitutum eſt, quod facilius uſusfructus ad proprietatem rediret, ne inutiles eſſent proprietates ſemper abſcedente uſufructu. *§. 1. Inſti. de uſufr.*

VIII. Poſterioris generis ſunt ancillarum partus, pecorum fœtus, fructus prædiorum: quæ cum ex rebus obligatis nata ſint, omnia, pignoris quoque cauſſam ſequi diximus, quanvis de iis ſpecialiter nihil convenerit. *L. Paulus, §. 1. L. fideiuſſor, § ult. de pigno.* Quod fit eadem illa ratione, ſcilicet quam ante expoſuimus: quia hæc aliquando, cum in utero eſſent, eiuſdem corporis pars fuerunt: unde eius quoque rei ius ſequuntur. Extat in hanc ſententiam Titulus, in Codice, *de partu pignorum*. Sed quod diximus, nata teneri, ſic Paulus accipiendum eſſe docet, ſi ad eum qui obligavit, hæredemve eius, dominium eorum pervenit. *Cæterum*, inquit, *ſi apud alium pepererint, non erunt obligata, d. L. Paulus, §. 1. de pign.* Quod ait, *ſi apud alium dominum pepererint*, recte Accurſius ſic accepit, si & pepererint; & apud eundem conceperint. Sic enim fit, ut nunquam debitoris fuiſſe ea, quæ nata ſunt, intelligantur. Unde nec pignori eſſe poſſunt, utpote ab eo data, cuius in bonis nunquam fuerint. Idque teſtatur Papinianus in *L. 1. §. cum prædium, hoc tit. de pign.* Caius in *L. potior, §. ſi de futura, infr. qui po. in pig.* Quod ſi animalia apud debitorem conceperint, etiam ſi vendantur, ac deinde poſt venditionem apud emptorem pariant, ea, quæ nata erunt, pignori futura ſunt. Hoc enim modo certum eſt, ea aliquando debitoris fuiſſe, ſaltem quo tempore in utero erant: tunc enim eiuſdem corporis, & ſubſtantiæ pars erant: ut diximus. Quod ipſum & de fructibus pendentibus reſpondetur. *L. fructus, de rei vind.* Unde evenit, ut si poſt res alienetur, & illa in lucem prodeant, una cum ſua cauſſa res alienetur. Et hoc eſt ſine dubio, quod Ulpianus ſenſit etsi non plane expreſſit, in *L. ſi convenerit, §. ſi fundus, de pignora. action.* cum ait. *Si fundus pigneratus venierit, manere cauſſam pignoris, quia cum ſua cauſſa pignus tranſeat, ſicut in partu ancillæ, qui poſt venditionem natus eſt*. Quibus verbis declarat manifeſte, loqui ſe de ea re, quæ ante, quam venderetur, obligata fuit. Nam quomodo eum ſua cauſſa, id eſt, obligatione, & nexu pignoris tranſire poteſt, quæ ante obligata non eſt? Quæ vero nec nata, nec concepta ſunt apud debitorem ea a debitore antea obligari qui potuerunt? Hoc loco exoritur dubitatio. Cur enim si dominium eorum, quæ poſt venditionem nata ſunt, ad emptorem pervenit, ea obligata non ſunt, cum ex corpore pro-

profecta ſint, indeque acceſſerint, ea autem, quæ inædificantur, etiam ſi extruantur apud emptorem pignori tamen ſunt, quanvis ea in dominium debitoris nunquam pervenerint? Et differentiæ ratio illa eſt, quod ædificium, quandiu conſtat, areæ cohæret, eiuſque pars eſſe intelligitur; ideoque cum area adhuc obligata ſit, quia cum ſua cauſſa tranſit: neceſſe eſt, ædificium, quod ei adiungitur, eius quoque cauſam ſequi. Ab eo enim trahitur. Per conſequentiam igitur & acceſſionem rei hoc fit. Quod autem ex re natum eſt, nec iam eius rei pars eſt, nec ei cohæret, quare nec pignori erit. Nam & ædificium ſi ſublatum eſſet: ſola area pignori maneret, non ædificium, quod in area non eſt. Ac de ſpeciali pignoris conventione ſatis.

IX. Quod ad generalem attinet, hic quoque, quid ea contineatur ex verbis iudicandum eſt. Et certum eſt, qui res ſuas pignori dedit generaliter, orationis compendio res omnes, quaſcunque tunc habet, dixiſſe intelligi. Erunt igitur omnes tam obligatæ, quam ſi ſpecialiter ſingulas enumeraſſet. Nec dubium eſt, quin ſi quis adiecerit, & quas habiturus eſt, eæ quoque omnes quæ poſt illi obvenerint, verbis contineantur.

X. Sed prima quæſtio eſt, an etiam ea, quæ quis poſtea habiturus eſt, iure obligare potuerit, de quo inter veteres Iuriſconſultos dubitandum eſt: nec ſine cauſa. Nam ſi ſpecialiter res aliena obligari non poteſt, ut poſtea dicemus, ne generaliter quidem videtur obligari poſſe. Quod tamen tunc fit cum quis eas obligat, quas habiturus eſt. Tunc enim, cum dat, ſunt alienæ. Sed tandem & hæc quoque de rebus futuris conventio recepta eſt, ut Papinianus teſtatur in *L. 1. hic. Conventio*, inquit, *generalis in pignore dando bonorum vel poſtea quæſitorum*, id eſt, etiam poſtea quæſitorum *recepta eſt. In ſpeciem autem alienæ rei* non item utiliter conventio conferri poteſt. Ait ergo, conventionem generalem de pignore bonorum etiam poſtea quæſitorum receptam eſſe, cum de rebus iam quæſitis, non dubitaretur, quin generaliter obligari poſſent, ſed de poſtea quæſitis, quæ nunc debitoris non eſſent. Nec ratio differentiæ in obſcuro eſt. Aliena enim res cum ſpecialiter pignori datur, pure datur, quod fieri non poteſt. Cum autem quis obligat res, quas habiturus eſt, obligat quidem alienas, ſed ea conditione, ſi modo habebit. Hoc enim caſu obligatæ erunt, ſi erunt poſtea quæſitæ. Quæ ſi non acquirentur, non erunt pignori. Sic & qui Stichum legat hoc modo, Stichum, qui meus erit, cum moriar, hanc conditionem dicere intelligitur, ſi modo Stichus meus erit, facitque omnino legatum conditionale. Res autem aliena etiam ſpecialiter ſub conditione pignori recte datur, cum mea erit. *L. ſi fundus, §. aliena, hoc tit.* Quo fit ut poſſit generaliter eadem conditione. Hoc ergo intellectu res quoque futuras, ac non tantum præſentes obligari poſſe dubitari non debet, qui utraſque verbis nominatim complexus eſt, quin, eius omnia bona quæcunque ſunt & undecunque quæſita, pignori futura ſint. *L. Paulus, §. ultimo. L. pen. §. ulti. de pignor.* Modo ne alia tamen contineri putemus, quam quæ a debitore quæſita ſunt, non etiam quæ eo mortuo ab hærede eius; hoc enim verba conventionis faciunt, quæ habeo, quæque habiturus ſum, *d. L. Paulus*, in prin. *tit.*

XI. Quod ſi quis res ſuas tantum dixit, aut bona ſua, quæſtionem afferre potuit, utrum de rebus tantum præſentibus ſenſerit, an etiam de iis, quas poſtea acquiſiit. Et extat Iuſtiniani conſtitutio nominatim de hac re ſcripta, *L. ult. C. quæ res pig. obl. poſſ.* qua cautum eſt, his verbis; Res meæ, bona mea, non ſolum præſentia, ſed etiam futura contineri. Cui congruit, quod Pomponius in hac ſervitute, ne luminibus officiatur, ſcribit, ambiguam eſſe hanc ſcripturam, utrumne his luminibus officiatur, quæ nunc ſunt, an etiam iis, quæ poſtea fuerint, humanius tamen eſſe verbo generali omne lumen ſignificari, ſive quod in præſenti, ſive quod poſt tempus conventionis contigerit? *L. ſi ſervitus, D. de ſer. urb. præd.*

XII. Sed quanquam verbis generalis conventionis rerum, quas quis habet, habiturusve eſt, res omnes continentur; voluntate tamen debitoris tacite quædam excipiuntur, ut docet Ulpianus. *L. obligatione, D. de pign. Non enim ea continebuntur*, inquit, *quæ veriſimile eſt quemquam obligaturum non fuiſſe*, ut hic, tametſi verba generalia ſint, tamen quia res eſt, quæ ex conſenſu valet, ratio voluntatis ante omnia habeatur, ne ſint ea res obligatæ, de quibus debitor non ſenſerit. Quarum duo genera ponit; unum earum quas in uſu quotidiano, aut neceſſario habet, cuiuſmodi ſunt ſupellex, veſtis, & quæ mancipia, aut iumenta eodem uſu habentur. Alterum earum, quæ ad affectionem eius pertinent, qualis eſt concubina, filii naturales, alumni. Illa, ut appa-

apparet, quia iis debitor carere non potuit; hæc, quia noluit. Quæ omnia non tantum ſi poſtea quæſita fuerint, obligatione non continebuntur, ſed ne ſi ea quidem debitor habuerit, quo tempore paciſcebatur: *L.* 9. ſeq.

XIII. Ex his, quæ de conventione hactenus diximus, perſpicuum eſt, niſi quid de pignore dando vel ſpecialiter, vel generaliter convenerit, nullum eſſe pignus, eoque nullam rem debitoris creditori pignoris iure teneri. Adeo, ut Ariſto reſponderit, etiam ſi ſequens creditor ita cum debitore contraxerit; ut ex ea pecunia, quam dabit antecedens, cui res aliqua obligata erat, dimitteretur, idque ſecutum ſit, non aliter in ius pignoris ſuccedere, quam ſi convenerit; ut ſibi eadem res obligata eſſet; neque enim in ius pignoris ſuccedere debere, qui ipſe nihil convenit de pignore. *L. Ariſto. D. quæ res pign. hypot. dat. oblig. poſ.* Quod ſi verum eſt, non modo non poterit creditor ullam rem debitoris vindicare, quæ pignori data non ſit; ſed ne retinere quidem ſi quo caſu ſorte ad eum pervenerit. Quod reſcriptis quibuſdam aperte demonſtratur. *L. ſi non inducta, C. in quib. cauſſis pig. vel hyp. tac. cont.*

XIV. Plane exceptio doli mali interdum creditori datur adverſus debitorem rem ſuam petentem, ſi quod debet, paratus non ſit ſolvere. Idque in his cauſis obſervatur. Primum ſi creditor, qui eam rem habet, ad eam rem accipiendam pecuniam impendit, dum pecuniam creditori ſolvit nomine abſentis debitoris, quo eam rem ab illo liberaret. *L.* 1. in prin. *quibus modis pig. vel hypothe. ſolvat.* Neque hoc in hac cauſa tantum, ſed in omnibus aliis ſimilibus generaliter receptum eſt; ut qui rem alienam poſſidet, quod in eam rem bona fide impenderit, id per retentionem eius rei conſequatur. Id quidem certo in omnibus in rem actionibus locum habet. *L. in fundo. L. ſumptus, D. de rei vind. L. plane, D. de petit. here.* Deinde ſi propter eam rem, quam habet creditor, pecuniam dedit, quæ ad debitorem pervenerit, non aliter crediturus. Finge enim procuratorem citra domini voluntatem rem eius pignori dediſſe, quod facere non potuit, ac poſtea creditoris pecuniam in rem domini verſam eſſe: Improbe dominus rem ſuam ſibi a creditore reddi poſtulet, cum pecuniam ob eam rem acceperit, eaque utatur, quam ipſe nolit reddere: quippe qui ab alio exigat, quod ipſe non præſtet: de quo extat Severi & Antonini reſcriptum in *L.* 1. *C. ſi aliena res.* Poſtremo & in hac ſpecie per exceptionem doli ſine pignoris conventione rem debitoris retineri poſſe a Gordiano reſcriptum eſt, ſi quis pecuniam accepto pignore credidit, idem aliam ſine pignore dedit. Hoc enim caſu ſi creditor rem poſſidebit, non tantum in eam ſummam, in quam pignus ab initio datum eſt, retineri poteſt: ſed etiam in eam, quæ ſine pignore data eſt, quæ chirographaria dicitur ob id, quod chirographo tantum cavetur, ad differentiam eius, quæ pignore cauta eſt. Extat titulus in Codice in hæc verba. *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri poſſe.* Quod reſcriptum tunc locum habere videtur cum primo pecunia credita eſt, in quam pignus datum eſt, mox alia pecunia ſine pignore. Cæterum ſi eodem tempore plures ſummæ creditæ fuerunt, & nominatim convenit, ut in unam aliquam res pignori eſſet, dicendum eſt ſoluta ea ſumma, in quam pignus obſtrictum eſt, pignoratitiam competere: idque Ulpianus reſpondit. *L. ſolutum, §. ſi in ſortem D. de pig. acti.* Nam qui cum ſciret plures eſſe ſummas, in unam pignus obligavit, cæteras excepiſſe videtur. Hæ ſunt quidem cauſſæ, in quibus res debitoris retineri per exceptionem poſſit. Sed non fieri id pignoris iure, verum ea exceptione tantum, quæ debitori dolo facienti opponatur, indicio erit, quod ſi alii creditores, quibus eadem res pignori ſit, rem vindicent, nullam hoc caſu adverſus eos retentionem poſſeſſor, idemque creditor ſit habiturus. *L. unica,* in fine *C. etiam ob chirogr. pec.* Unde intelligitur, quam illud verum ſit, quod poſuimus, ubi de pignore non convenerit: rem iure pignoris teneri non poſſe. Sed conventio ſola non ſufficit.

XV. Ad pignoris obligationem etiam is requiritur, qui rem iure potuit obligare, item res quæ poſſit obligari. Nam neque omnes res pignori dari poſſunt, neque a quibuslibet. Id etſi ad univerſi generis quæſtionem de iure cuiuſque in rebus transferendis, deque rebus, quæ in commerciis hominum ſunt, pertinere maxime intelligo; tamen quia pleraque ſunt in hoc genere pignorum propria, & ad varios iuris locos, qui in hac quæſtione nonnullam lucem deſiderant, intelligendos pertinet, quid de his quoque tenendum ſit, id eſt, qui quas res obligare poſſint, dicendum eſt.

CAP.

C A P. VII.

Quæ res, a quibus obligari poſſint.

Rem pignori obligare poteſt dominus, aut alius eius voluntate & mandato. I.
Ideo & procurator, ſi tamen dominus in ea re idem eſſet facturus. II.
Item ſervus & filiusfamilias, cum agunt rem peculiarem. III.
Item actor civitatis, ſi in rem civitatis id faciat. IV.
Immo & ſine mandato alius a domino rem huius pignori recte obligat, ſi ipſe ratum habeat. V.
Poteſt & ille obligare rem pignori qui pro domino habetur ideoque tutor, & curator; & hi quatenus. VI.
Nec ipſe dominus rem ſuam pignori recte obligat, ſi ei bonis eſt interdictum. VII.
Pignori obligari nequeunt res ſacræ, res ſanctæ, & religioſæ aut homo liber. VIII.
Item alienæ IX.
An rei alienæ pignus, dominio poſtea debitori quæſito, convaleſcat; & quando directa ſit in rem actio creditori. X. XI.
Et quando utilis. XII. XIII.
Contrariis occurritur. XIV. XV. XVI.
Et quando eius rei ſit poſſidenti creditori retentio, & adverſus quem. XVII.
Exponitur L. cum vitioſe 25. D. de pignor. & hypothec. XVIII.
An cum pignori danti rem alienam debitori heres extitit illius rei dominus, teneatur hic creditori pignoratitia utili vel contraria. XIX.
Exponitur L. ſi Titio, 22. D. de pign. & hypoth. XX.

I. SI verum eſt, quod regula iuris traditur, neminem plus iuris in alium transferre, quam ipſe habeat; *L. nemo, de reg. iur.* conſentaneum eſt, neminem aliam rem pignori obligare, poſſe quam qui de ea re iure ſuo ſtatuere poteſt. Recte igitur edicto de Serviana actione cautum eſt, ut is ſolus rem pignori obligare poſſit, cuius in bonis res fuerit. *L. qui prædium, C. ſi. alie. res pig. data ſit*. Quod tamen ſi verum eſt, etiam ex voluntate eius alius dare poterit, quamvis in bonis eius non fuerit. Nam cum domini voluntatem, & factum exigimus, nihil intereſt, ipſe dominus fecerit, an alius eius voluntate. *L. ſolutum, §. ſolutam, de pig. actio. L. reſtituta, ad Trebell.*

II. Cui iam illa conſequentia ſunt; ut procurator rem domini recte pignori obliget, ſive ei ſpecialiter hoc mandatum eſt, ut facere, ſive univerſorum bonorum adminiſtratio ei permiſſa eſt ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuas pecunias accipere. *L. ſolutum, § ulti. cum L.* ſeq. *D. de pignor. act.* Nam cui generaliter de omnibus rebus mandatum eſt, perinde eſt, quaſi ei de ſingulis ſpecialiter mandatum eſſet, modo ea res ſit, quam Dominus eſſet facturus. Neque enim generali oratione concedere videtur Dominus, quod ſpecialiter non permitteret, nec ſpecialiter id permitteret, quod ipſe non faceret. Unde recte addidimus ab eo procuratore rem obligari, cui adminiſtratio conceſſa eſt, ſi modo is eſſet Dominus, qui pecunias eodem modo accipere ſoleret.

III. Hac ratione & ſervus, & filiusfamilias, quibus libera peculii adminiſtratio conceſſa eſt, rem peculiarem recte dabunt, quamvis Domini ſit, aut patris. Ex ea enim poteſtate id faciunt, quam a dominis acceperunt. *L. ſi convenerit, §. ult. cum L.* ſeq. *D. de pign. actio.* Quod ſic accipiendum eſt, ſi modo ea faciant, quæ ad adminiſtrationem pertinebunt; id eſt, ſi rem peculiarem gerant. *L. 1 §. 1.* infra, *D. quæ res pig. obl. poſſ.*

IV. Hac ratione actor civitatis, qui Reipub. bona iure adminiſtrat (adminiſtrat autem iure, qui ab omnibus decurionibus, aut maioris partis decreto datus eſt) *L. 3. quod cuiuſque univer. no.* ſi mutuam pecuniam pro civitate accipiat, rem eius recta obligat. *L. ſi is qui.* in prin. *D. de pign.* Nempe ex civitatis eiuſdemque dominæ voluntate. Rebus enim publicis dum præficitur, generaliter ei omnia permitti intelliguntur, quæ ad Remp. & adminiſtrationem rerum ad eam per-

pertinentium ſpectant. Unde adieci, ſi mutuam pecuniam pro ea accipiat: id eſt, si in rem civitatis id faciant.

V. Sed etsi domino ignorante, nec mandante res pignori data sit: si tamen poſt ratum habuerit, pignus valebit. *L. alienam D. de pig.* Quo caſu obſervandum erit, quod Martianus ſcribit, hoc ipſo, quod Dominus ratum habet; voluiſſe eum retro recurrere ad illud tempus, quo convenit. *L. ſi fundus*, *§. 1. de pig.* Huc referri debet reſponſum Ulpiani in *L. ſi inter. D* de pigno. *Si inter colonum*, inquit, *& procuratorem meum convenerit de pignore, vel ratum habente me conventionem, vel mandante, quaſi inter me & colonum meum conveniſſe videtur*. Sentit Ulpianus inter colonum, & procuratorem conveniſſe, non de pignore mihi dando a colono (Neque enim actionem mihi procurator meus, id eſt, libera perſona, acquirere potuit vel authore Paulo in *L. ſolutum*, *§. liberam, de pig. act*) ſed de re mea pignori danda colono meo ad cautionem earum rerum, quas illi ex conducto præſtare debeo? ut ſit dubitatio, an ſi ego eam procuratoris mei conventionem poſtea ratam habuero, perinde haberi debeat, quaſi inter me, & colonum conveniſſet. Nam ſi conveniſſet, ſtatim res illi eſſet obligata mea voluntate. Et ait Ulpianus quaſi inter me, & colonum videri conveniſſe.

VI. Pro domino autem habentur tutores, itemque curatores, quibus in cauſſis pupilli, & minorum res gerunt. *L. qui tutelam*, *D. de admin. tut.* Quo fit, ut tutor, quod lege reſragante non fiat. (Nam legibus nec res immobiles, nec mobiles, quæ ſervando ſervari poſſunt, ſine decreto alienari, obligarive poſſunt.) *L. lex, quæ tutores*, *C. de admi. tut.* ſi in rem pupilli pecuniam accipiat (hoc enim modo pupilli rem gerit) rem pupilli utiliter det pignori. Idemque in curatore adoleſcentis, vel furioſi dicendum eſt. *L. tutor D. de pig. actio.*

VII. Illi quidem domini hoc loco excipiendi ſunt, quibus rem alienare non licet. In univerſum enim prohibita rei alienatione etiam pignoris datio prohibita intelligitur, quoniam ex hac re illud ſequitur. *L. ult. C. de rebus alien. non alie.* Omnibus autem rerum alienatione interdictum eſt, qui in aliena poteſtate ſunt, niſi eorum authoritas acceſſerit, quorum ſunt in poteſtate. Ideo enim alii adhibentur, a quibus regantur, ut ſicubi opus ſit, illi ſiant authores.

VIII. Cum ius eiuſmodi sit, ut res ab eo, cuius in bonis non eſt, sine domini aut eius, qui pro domino habeatur, voluntate obligari non poſſit, perſpicuum eſt, inutiliter obligari primum eas, quæ nullius in bonis ſunt, cuius generis ſunt ſacræ, religioſæ, publicæ, liber homo. *L. 3. L. qui filios, C. quæ res pig. obl. poſſ.*

IX. Proximo loco, quæ in bonis quidem ſunt, ſed non in obligantis bonis, id eſt, alienas. Ac ſuperioris quidem generis res sic inutiliter pignori dantur, ut quanvis res ſacra, profana, aut publica, privata, aut ex libero ſervus factus sit, nihilo ſecius tamen convaleſcat pignus: quia de ea re pactio interpoſita sit, cuius rei commercium omnino non erat, *argum. L. inter, §. ſacram, de ver. ob. §. 1. inſtit. de inut. ſtip.*

X. Quod autem ad res alienas attinet, ſane quidem quandiu in eadem conditione ſunt, non obligari eas conſtat. Sed quoniam non ſunt res eiuſmodi, quarum commercium nullum sit, ut de iis paciſci nullo modo licuerit: hoc loco quæſitum eſt, si ſorte conditio mutata sit ut debitor alienæ rei dominus eſſe inciperet, an quia res in eam cauſſam redit, a qua incipere poterat, confirmetur pignus, dandaque sit creditori eius rei perſecutio. De qua re non parva quæſtio eſt. Nam si illud ſolum impediebat, quo minus res vindicari poſſet, quod aliena pignori data erat, hoc iam impedimentum ſublatum eſt. Quod ſi ad pignoris obligationem hæc ſolum requiruntur, ut & de pignore convenerit, & res, quæ datur, ſit in bonis obligantis. Hæc omnia iam occurrunt, poſtquam dominium debitori quæſitum eſt. Rurſum hæc impedire videntur: Primum, quod regula iuris traditum eſt, quod ab initio non valuit, tractu temporis non convaleſcere. Deinde quod ius de Serviana actione ita conſtitutum eſt, ut rem oporteat in bonis eius eſſe, qui eam obligat, ſi quidem recte conſtitutum pignus velimus. Diocletianus & Maximianus Imperatores ſub *tit. ſi res aliena. L. quæ prædium. Quæ prædium*, aiunt *in filios a ſe titulo donationis translatum creditori ſuo dat pignori, ſe magis pignoratitio contrario obligat iudicio, quam quicquam dominis noceat, cum & Serviana actio declaret evidenter iure pignoris rem teneri non poſſe, niſi quæ obligantis in bonis fuerit*. Unde & Caius teſtatur vulgo dici, *creditorem*, qui quaſi Serviana agit, *probare debere cum conveniebat, rem in bonis debitoris*

fuiſſe

fuiſſe. *L. Et quæ nondum*, §. 1. *de pign.*

XI. In hac re ſic habendum eſt: Si res aliqua ſub conditione detur, ſi debitoris facta ſit, utiliter dari ad hoc, ut dominio debitori quæſito ex conditione creditori obligetur. *L. ſi fundus*, §. *aliena*, *de pig.* Hoc enim modo, qui rem obligat, non tam alienam obligat quam ſuam: quia hac conditione obligat, cum ſua erit. Et omnino ut rem noſtram ſtipulari non poſſumus, quia iam ſatis noſtra eſt, eandem tamen ſub conditione recte ſtipulamur. *L. ſi rem meam: de verb. obl.* Sic cum rem alienam pignori dare non poſſumus, quia noſtra non eſt: eandem tamen ſub conditione recta dabimus, ſi noſtra erit, quia conditio in id tempus confertur, quo noſtra futura eſt. Quam ob cauſſam conventio generalis in pignore rerum poſtea quæſitarum recepta eſt, ut ante diximus: quia in his rebus dandis hæc conditio ineſt, cum quæſitæ fuerint. Hinc etiam dicimus, & quæ nondum ſunt futura tamen ſunt, hypothecæ dari poſſe: puta, ut fructus pendentes, partus ancillæ, fœtus pecorum, & ea quæ naſcuntur, ſint hypothecæ obligata. *L. & quæ nondum*, *D. de pignor.* In his enim dandis ineſt tempus, cum nata fuerint. *L. interdum*, *de verb obl* quod tempus cum incertum sit, conditionem habet. Idem dicemus, ſi res ei, qui pignus dabat fuit debita. *L.* 1. in prin. *de pig. L.* 3. §. 1. *inf. qui pot. in pig. hab.* Qui enim rem ſibi debitam pignori dat, hoc animo dare intelligitur, ut tunc pignori ſit cum ipſi data fuerit: Ideo, quia ſibi brevi acquiſitum iri ſperat. Sic ex ſpe, quam in ea iam conſtitutam debitor habet, animus eius & conditio intelligitur.

XII. Si nihil horum erit, certum eſt, hoc iure poſito, quod diximus, rem iure pignoris teneri non poſſe, niſi quæ obligantis in bonis fuit, re aliena pignori data ordinariam actionem, id eſt, directam quæ ex his verbis edicti proficiſcatur, creditori non competere, quanvis res illi poſtea quæſita fuerit. Idque aperte eorundem Imp. Diocletiani & Maximiani reſcripto declaratur ſub eodem titulo Codicls, *ſi aliena res*. Verba reſcripti hæc ſunt. *Cum res, quæ necdum in bonis debitoris eſt, pignori data ab eo, poſtea in bonis eius eſſe incipiat, ordinariam quidem actionem non competere manifeſtum eſt*, & quæ ſequuntur. Hoc ſenſu accipiendum eſt illud, quod vulgo traditum eſſe Caius docet, *creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuiſſe*, *d. L. ea quæ* §. 1. Cum directa, inquam, actione hypothecaria agit, intenditque ſibi rem pignori obligatam eſſe, hoc probare debet. Hoc enim qui ipſa agit dicere intelligitur, ſibi rem ab eo pignori datam, qui ius dandi habebat, qui pignori rem datam intendit, itaque etiam probare debet.

XIII. Sed an utilis detur, videamus. Et eodem illo reſcripto Diocletiani & Maximiani additum eſt, *ordinariam quidem non competere*, *ſed tamen æquitatem facere*, *ut facile utilis perſecutio exemplo pignorativæ actionis detur*. Ex quo reſcripto hæc diſtinctio inducitur, ut ſi creditor ignoravit eſſe alienam, quæ pignori dabatur, dominio debitori poſtea quæſito utilis detur perſecutio: ſin ſcivit aliena eſſe, non detur. Quæ diſtinctio ex eo colligitur, quod ait reſcriptum, exemplo pignoratitiæ actionis utilem perſecutionem dari. Cum enim res aliena pignori data eſt, creditori decepto adverſus debitorem pignoratitia contraria datur, ut quia ea res fruſtra obligata eſt, alia non minus idonea ſubſtituatur. Hæc autem actio ei, qui ignoravit alienam, competit. *L. tutor*, § 1. *de pignor act.* Hoc exemplo cum utilis perſecutio in rem hoc caſu detur eadem diſtinctione nimirum dabitur. Hoc ſenſit Papinianus videlicet cum ita ſcribit, *L.* 1. in prin. *D. de pig.* In *ſpeciem autem alienæ rei collata conventione*, id eſt, cum res aliena ſpecialiter pignori data eſt, *ſi non fuerit ei*, *qui pignus dabat debita*, *poſtea debitori dominio quæſito*, *difficilius creditori*, *qui non ignoravit alienam*, *utilis actio dabitur*, *ſed facilior erit creditori poſſidenti retentio*. Hoc dicit ei, qui ignoravit alienam, facile utilem perſecutionem dari: ei vero, qui non ignoravit difficilius. Quod ait, *difficilius* comparativus pro poſitivo poſitus eſt, augendæ difficultatis cauſſa: ut ſit difficile dabitur, id eſt, iudicio meo non dabitur. Quam ſententiam eſſe Papiniani iu his verbis, atque hoc loco minus dubitavit, qui eius aliud reſponſum legerit, cuius initium eſt, *Nonnunquam*, ſub titulo, *de coll. bon.* in quo ille a filio, *poſt annum*, *quam delata eſt bonorum poſſeſſio*, *voluntariam moram cautionis admittere difficilius* eſſe ait, cum hoc intelligere eum conſtet non eſſe admittendam. Sic enim Iuriſconſulti ſolent, cum de re non uſque adeo explorata, & certa ſententiam ſuam exprimere volunt, ut non certo, & aſſeveranter ita eſſe pronuntient, ſed ſententiam ſuam timide, ac veluti dubitantium more proponant, ut etiam ſi aliud

aliis videri queat, tamen ipſi in hanc, aut illam partem inclinare ſe oſtendant. Itaque Theophilus in §. *reſponſa. Inſtit. de Iure nat.* reſponſum dividi ait in ſententiam, & opinionem, ut ſit ſententia perfecta, & indubitata reſpnnſio: veluti hoc facere licet, hoc facere non licet: opinio vero ſir ſuſpenſa, & timida, ac veluti cum dubitatione elata reſponſio: ut exiſtimo hoc fieri licere, exiſtimo hoc fieri non licere. De quo reſpoodendi more, qui plura noſſe volet, habet unde petat, in *lib. 2. anniverſar. quæſtion. Franciſci* Duareni noſtri caput 11. longe utiliſſimum.

XIV. Quod ſi quis eſt, qui putet hæc verba: *difficilius creditori, qui non ignoravit alienam, utilis perſecutio dabitur*, ita eſſe accipienda ut velit Papinianus difficile quidem, utilem actionem dari, ſed tamen dari, licet ægre is hoc concedit utrique actionem dari, & creditori, qui ignoravit alienam, & ei, qui non ignoravir. Quod primum eſt contra ſententiam Papiniani qui hos diſtinguit, deinde contra id, quod diſerte eo reſcripto continetur, cuius ſupra mentionem feci, quo actio in rem ad exemplum pignoratitiæ actionis datur. Nam quomodo ei creditori, qui non ignoravit alienam, utilis perſecutio ad exemplum pignoratitiæ datur, cum ei pignoratitia contraria non detur? Iam hoc quem ſenſum habet, ſi modo hoc Papinianus diceret, difficilius quidem ei dari, ſed tamen ei dari? Si nemine repugnante hæc actio datur ex ſententia Papiniani, id eſt, ex iure (Nam contra ius Papinianus non daret) quomodo tandem difficile datur? Niſi forte hoc intelligit Papinianus, prætorem rogatum, ut det, recuſare poſſe primo: ſed illi inſtari debere, etſi inſtitum fuerit, ad extremum illi debere concedere. Quod eſt ridiculum. Quod enim ex iure aliquando concedi debet, id ſtatim concedendum eſt, non differendum, quia boni viri perſonam magiſtratus ſuſtinet, cuius non eſt in munere publico ius, cui reddendo publice præeſt, ſine cauſa denegare, aut ſi ex cauſſa denegavit, id aliquando reddere. Neceſſe eſt enim, quod iuſte negaveris, ſi poſtea concedas, id te iniuſte concedere. Poſtremo ut cætera nos reſponſa, & reſcripta in hac re deficiant, tamen facile hæc ſententia authoritate iuris defenditur, certo, ut mihi quidem videtur, argumento. Facilius enim pignoratitia contraria actio creditori adverſus debitorem datur, quam pignoris perſecutio in re aliena naſcitur. Nam debitor ſeipſum conventione ſua obligare potuit, ut quamvis res aliena eſſet, tamen ipſe conventione ſua teneretur, rem alienam pignori obligare non potuit. Quod ſi feciſſet, non tantum adverſus ſe, ſed etiam adverſus quoſcunque poſſeſſores actionem pignoris perſequendi conſtituiſſet. Plus eſt igitur actione in rem uti, quam pignoratitia. Id ſi eſt, cui dubium eſſe poteſt, cui pignoratitia in perſonam, quæ ſe obligare potuit ſua voluntate, non datur, quin ei in rem actio non detur, quæ res non potuit obligari, præſertim cum in rem actio adverſus poſſeſſores detur, in quos debitor nihil iuris habet? Quapropter dubitari non debet, quin Papinianus, cum ait, *difficilius creditori, qui non ignoravit utilem actionem dari*, hoc ſentiat, non facile dari, id eſt, omnino non dari, niſi quæ magna cauſſa afferatur quæ ſuadeat eſſe dandam. Quod fieri poteſt, ſi nominatim id convenerit, aut appareat debitorem creditoremque id ſenſiſſe. Sed cum ea nulla ſit in eo, qui nihil tale pactus eſt, & rem alienam non ignoravit, ſi nihil aliud proponatur, huic ſane non dabitur.

XV. Habes iuris minime, ut videtur, incerti diſtinctionem. Cui tamen adverſari videtur reſponſum Pauli ſub *tit. de pig. actio*, quod eſt eiuſmodi: *Rem alienam mibi pignori dediſti, deinde dominus rei eius eſſe cæpiſti: datur utilis actio pignoratitia creditori*. Nihil hic Paulus diſtinxit, ſciretne creditor alienam eſſe, an ignoraret, ſine diſtinctione reſpondit, utilem eſſe dandam, ſi eius rei debitor dominus eſſe cœpiſſet. Sed etſi hæc verba generalia ſunt: tamen ex ea ratione, quam in extremo capite reddit, quem creditorem intelligat adverſus debitorem eſſe tuendum, facile oſtendit. Nam cum prius dixiſſet, potius hoc caſu, cum res debitori quæſita eſt, quam cum dominus rei debitori ſucceſſit, creditori actionem dari, mirum hoc videri non debere ad extremum oſteudere conatus eſt hac ratione, quod cum dominus rei debitori ſucceſſit, nihil eſt, quod ei obiici poſſit, cur rem vindicari non patiatur. *Sed ſi conveniſſet*, inquit, *de pignore ut ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit, quo minus utilis actio moveatur*. Hæc ratio in eo debitore tantum locum habet, qui creditori rem alienam ignoranti dedir. Solus enim hic ex mendacio ſuo argui poteſt, qui adverſarium ignorantem mendacio ſuo læſit, non is, qui rem pignori dixit tanquam ſuam apud eum, qui id falſum eſſe ſcivit, ut de eo reſponſum

eſt,

eſt, qui ſe liti obtulit, quod ſe poſſeſſorem diceret eſſe, cum adverſarius id non ignoraret. *L. qui ſe obtulit. de pet. hæred.* Quamobrem etiam illius loci ſeutentia cum hac diſtinctione convenit.

XVI. Sed ſive utrique actionem utilem dixerimus dari, ſive alteri tantum: tameu quo minus in totum detur, regula iuris videtur eſſe impedimento qua efficitur, ut quod initio vitioſum eſt, tractu temporis uon convaleſcat. *L. quod initio, de regul. iur.* hic res aliena ab initio pignori data eſt, uon debet igitur ex poſt facto pignoris perſecutio dari, quamvis res aliena debitori poſtea acquiſita fuerit. Nec ad rem pertinet, quod impedimeutum ſublatum eſt, quo fiebat ne res pignori dari poſſit, ut quidam volunt. Nam regula iuris eo pertinet, ut intelligatur, cum quid re aliqua prohibente initio nou valuit, etiam ſi id impedimeutum ſublatum ſit, non convaleſcere. Unde ſi rem noſtram, aut publicam ſtipulati ſimus, quod ſit iuutiliter, quamvis ea res alieua, aut cum publica eſſet, privata facta ſit, nou tameu confirmatur ſtipulatio. *L. inter §. ſacram de verb. oblig.* Ego puto eum, qui rem alienam ignorauti dedit, tacita quadam conveutione dediſſe, ut tum pignori eſſet, eum debitoris facta eſſet, non item eum, qui ſcieuti dedit. Et ideo illic ex conventioue pignus valere, non tempore convaleſcere, hic nullo modo. Neque tamen hæc interpretatio aperte ex verbis colligitur, ut quis dicat ordinariam hic actionem ſine dubitatione dandam, ſed ex iure interpretatio ſumitur. Nam qui rem alienam ignoranti dat, obligat ſe pignoratitia contraria actione, ut id pignus præſtet, unde & de eo conveuiſſe intelligitur, actio enim hic in perſouam eſt, quæ ex conventioue naſcitur. Non item autem obligat ſe is, qui rem alieuam non iguoranti dedit. Neque vero novum eſt, in re obſcura contrahentium ex iure ſumi id, quod agi videtur. *L. 6. de ſolution.*

XVII. In caſibus tameu in quibus diximus pignus non ita convaleſcere, ut creditori utilis perſecutio detur, faciliorem fore ait Papiniauus poſſidenti reteutionem. Nam cum debitor pactus ſit, ut ea res, quæcunque eſſet, apud creditorem eſſet, dolo facere eum, ut & omnes, qui quid coutra pactum petant, negari non poteſt. *L. 2. §. item quæritur D. de excep. doli.* Igitur doli mali exceptione oppoſita retiuebitur. Verum hæc exceptio debitori tantum rem petenti nocebit. Si eadem res aliis creditoribus ab eodem debitore pignori data erit, iis etiam rem viudicantibus uon nocebit. De auctoris enim dolo exceptio ſucceſſori non nocet iu cauſſa non lucrativa. *L. apud celſum. §. de auctoris, & §. auctoris, de doli excep.* Et ideo faciliorem ait fore poſſidenti exceptionem, quam actionem, ut intelligatur, exceptionem ſaltem adverſus debitorem dari, cum actio uon detur. Quod ipſum quoque argumento eſt, ne adverſus debitorem, quidem actionem iu rem dari ei, qui alieuam non ignoravit, ut antea oſtendimus.

XVIII. Sed quod ait Papiniauus *ei, qui non ignoravit alienam, dominio debitori poſtea quæſito rei obligatæ retentionem dari*, contrarium videri poteſt, et quod Modeſtiuus ſub hoc titulo ſcribit, ubi ita definit; *cum vitioſe, vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locum non eſſe, nec ſi bona creditoris ad fiſcum pertineant. L. cum vitioſe, D. h. tit.* Cum autem creditor alienam ſcivit, ibi vitioſe contractum pignoris interceſſiſſe ex eo pluſquam manifeſtum eſt, quod nec domiuio poſtea debitori quæſito, actio utilis creditori datur, ut diximus. Si dicemus, quod Bartolo videtur, ideo hic retentionem dari, quia vitium purgatum eſt, ridebimur. Quaſi vero cum quid vitioſe coutractum eſt, Modeſtinus intellexerit non eſſe retentioui locum, ſi vitium adhuc maneret, (quod mouere ſtulti erat ſcriptoris, quia id nemo uuquam aliter exiſtimare poſſet) ac non potius id ſenſerit, non eſſe in totum reteutioui locum, etiam ſi impedimentum remotum eſſet, de quo ſolo ambigi potuit. Et ſane ſic regula iuris eſt, ut quod ab initio non valuit, tempore non confirmetur, ne ad reteutionem quidem. Intelligendum eſt igitur tum definitioni Modeſtini locum eſſe, cum plane vitioſe & inutiliter de pignore convenit, ſic, ut nullius momenti ſuerit conventio. Finge cum mihi aut Titio promiſſum eſſet, debitorem Titio, cui nihil debetur, rem pignori dediſſe. Finge rem ſacram, aut religioſam, datam eſſe. Quamvis aut illic Titius mihi ſucceſſerit, aut hic res ſacra, profana, & debitoris eſſe cœperit, pignoris retentio creditori uon dabitur, ſcilicet quia nec de re ſacra convenire potuit, ut piguori eſſet, quod conventio contra bonos mores ſit; nec convenire, ut ei res teneatur, cui nihil debetur, quia contra naturam ſit, ut ſit acceſſio ſine ea re, cuius acceſſio eſt. At cum res aliena eſt, etſi ea conventione pignoti dari non poteſt, tamen quo minus id conveniat, ut

quandiu pecunia debetur, ea apud creditorem ſit, nec ipſe illi controverſiam faciat, nihil eſt impedimento, quia & creditori pecunia debetur, & de re aliena ita cavere, nihil prohibet. Hic enim debitor de ſeipſo cavere intelligitur, ne ſi quid forte iuris in ea re nactus ſit, creditori controverſiam faciat. Ita fit, ut perſecutio creditori non detur, quia pignus non eſt, retentio vero poſſidenti detur propter conventionem.

XIX. Sed redeo ad actionem quæ re aliena pignori data creditori ex eventu interdum datur, quod tunc accidit, cum dominium debitori quæſitum eſt, ſaltem tunc cum creditor rem alienam eſſe ignoravit. Quo poſito ex re ipſa alia incidit quæſtio, putemuſne, idem dicendum eſſe, ſi rei dominus debitori hæres extiterit. Movet quæſtionem rei ſimilitudo. Ut enim cum dominium debitori quæſitum eſt, ideo actio creditori datur, quia debitor dominus rei eſſe cœpit: ita poſteriore caſu fit, ut idem dominus rei obligatæ, & debitor eſſe incipiat. Et Paulus reſpondit, hic non idem eſſe dicendum, quia non ſufficiat ad competendam utilem actionem eundem eſſe dominum, qui pecuniam debet. *L. rem alienam, D. de pignor. act.* Nimirum tertium requiritur, ut dominus de pignore convenerit, quod priore caſu fit cum debitoris qui de pignore convenerat, dominus eſſe cœpit, poſteriore non item. Deceſſor enim aliquando convenit, ſed is dominus non fuit; heres, qui debitori ſucceſſit, dominus quidem eſt, cæterum de pignore nihil pactus eſt, nec eſt, quod ei poſſit obiici, qui ipſe de re nihil convenit. Nec dices rei dominum debitoris hæredem eſſe, hæredem porro in re ſua factum deceſſoris ſui approbare debere, cui ſucceſſit, perinde ac ſi ipſe conveniſſet, ut de re aliena vendita ab eo, cui dominus rei poſtea ſucceſſit, reſcriptum eſt. *L. cum a matre, C. de rei vend.* Non enim negari poteſt, quin in hac quoque ſpecie hæres deceſſoris factum probare debeat; Cumque hoc nomine pignoratitia contraria teneri certum eſt, ut pignus confirmare cogatur eodem iure quo defunctus, qui & ipſe eadem actione teneretur. Qui enim in ius dominiumque alterius ſuccedunt, eodem iure uti debent. *L. qui in ius de regu. iur.* Eodemque modo & in re a defuncto vendita hæres actione ex empto teneretur. Sed nego pignus per ſe convaleſcere, ut utilis perſecutio creditori detur, quia nec ante pignus fuit. Abſurdum eſt autem ex perſona defuncti hæredem alio iure uti, quam quod apud deceſſorem valuerit.

XX. Hoc ego ſenſu non dubito, quin Modeſtini reſponſum accipiendum ſit de hac ſpecie, quod ſub hoc titulo de pignoribus legitur in hæc verba: *L. ſi Titio. Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori meo obligaverat, hæres extitero, ex poſt facto pignus directo quidem non convaleſcit, ſed utilis pignoratitia dabitur creditori.* Pignoratitiæ utilis verbo pignoratitiam contrariam intelligit quæ adverſus hæredem dabitur, ut rem, cuius dominus eſt, pignori nunc det, quæ iam olim ab eius deceſſore obligata eſt. Nunc enim poteſt. Quod ſi fecit (hoc vero cogitur, niſi malit eo nomine condemnari) alia via conſequitur creditor, ut pignus habeat, quod directo non convaluit. Cur ſic eum accipere putem, non autem utilem actionem in rem intelligere, hæc ſunt, quæ me movent. Primum quod Paulus, cuius ſententiam ſupra retulimus, negat omnem perſecutionem pignoris, etiam quæ ex æquo & bono utilitatis cauſſa datur, hoc caſu competere. De ea enim loquitur, cum ait, ſi debitor dominus eſſe cœperit, utilem pignoratitiam creditori dari. Nam aliam hoc caſu non competere conſtat. *L. cum rei, C. ſi aliena res.* Ratio Pauli præterea, qua ille in illo capite ſuperiore utitur, quæ ne id in hac ſpecie reſpondeamus, ſuadet. Poſtremo ipſa adeo reſponſi Modeſtini verba, quæ aliter accipi poſſe non videntur. Ait enim Modeſtinus, ex poſt facto pignus directo non convaleſcere, quod nihil aliud eſt, niſi in rem actionem de pignore nullam dari, ne utilem quidem. Aliud eſt enim directam actionem dari de pignore, aliud pignus directo convaleſcere. Quæcunque actio in rem dabitur, quanvis utilis pignus directo convaleſcit. Directo enim ea valent, quæ per ſe ipſa valent iure, neque in eo aliena hominis opera, & facto indigent. Non directo, quæ ut ſint, ab aliis accipiunt, ut puta libertas directo datur, cum teſtator non ab alio ſervum manumitti rogat, ſed velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult. Cum vero iubetur ſic liber eſſe, ut libertatem ab hærede accipiat, dicitur dari non directo, *§. ul. inſt. de ſing. reb. per fideicom. reli.* Sic in pignore ſi creditor pignus vindicare poterit, quanvis invito hærede, quæcunque illi actio in id dabitur, quanvis non directa, ſed utilis, pignus tamen directo convaleſcet, quia recta id petetur, neque expectabitur, ut prius ab hærede

pignus

pignus imponatur. Quod ſi ab hærede prius id accipietur, quam ad rem actio in perſonam contraria competit, tunc demum incipiet vere dici, non directo pignus convaleſcere, quod nunc quærimus.

C A P. VIII.

An in omnibus rebus, quæ in bonis ſunt, pignoris obligatio conſiſtat.

Res omnes pignori obligari quæ ſunt in bonis, & quæ ita eſſe intelligantur. I.
Illarum genera quatuor, & quæ. II. III. IV.
A ſuperiori definitione quæ excipiantur. V. VI. VII. IX.
Explicatur I. C. Pauli locus in L. ſed an viæ 12. D. de pign. & hypoth. VIII.
Ut res aliqua recte ſit data pignori, ſufficit eam fuiſſe in bonis cum de pignore conveniebat. X.
Interpretatio L. ſi ſuperatus 3. D. de pign. & hypothec. XI.
Cuius rei commercium non eſt, nec pignus eſſe. XII.
Exponitur L. in quorum 24. D. de pignor. & hypoth. XIII.

I. REm, quæ in bonis noſtris non eſſet, pignori non poſſe obligari, diximus. An omnes, quæ in bonis ſunt, obligari poſſint, videndum eſt. Et receptum eſt, ut omnes poſſint, neque exigitur, ut in dominio noſtro ſint. Scilicet ut quantum quiſque iuris in re quaque obtinenda habet, tantum in alium recte transferat. Nam & eadem recte vendi poſſunt. *L. ſed & Celſus, D. de contrahend. empt.* Unde hæc quoque regula de iis rebus, quæ pignori dari poſſunt, tradita eſt. Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem poſſe recipere. *L. 9. hic, de pignor.* Res in bonis intelligimur habere, quoties poſſidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandas eas actionem habemus. *L. rem in bonis, de acquir. rer. domi.*

II. Earum plura ſunt genera, quæ ſingula pignori dari poſſe ſpecialiter ſuis titulis in Codice traditum eſt. Primum genus eſt earum rerum, quæ vere dominii noſtri ſunt, de quibus transferendis nemo dubitat. Alterum eſt earum, quarum quaſi domini ſumus, & de quibus nobis tanquam dominis Prætor accommodat actionem. Quo in genere ſunt vectigalia prædia, & ſuperficiaria, de quibus in Titulo, *ſi ager vectigalis, vel emphyteuticarius petatur*, & tit. *de ſuperficiebus*. Item quæ bona fide a non domino emimus, vel ex alia iuſta cauſſa tradita accepimus; de quibus Publiciana in rem competit. §. *ſed iſto Inſt. de act.* Ergo & vectigale prædium pignori dari poteſt, & ſuperficiarium, ſic tamen, ut quoniam tamdiu actiones utiles de iis competunt, quamdiu vectigal ſolarium, quod pro iis debetur domino ſolvatur, potior ſit cauſſa domini ſoli, ſi non ſolvatur ei ſolarium. *L. tutor, §. ulti.* cum *L. ſeq. de pignor. act. L. grege, §. & in ſuperficiariis. L. lex vectigali, de pig. L. etiam, infra qui pot. in pig.* Eodem modo ſi ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori rem accepi, ſic tuebitur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam. *L. ſi ab eo. D. de pignor.*

III. Tertium eſt genus earum, quarum neque domini ſumus, neque quaſi domini cuius generis ſunt; quæ pignori ſunt obligatæ; utpote quarum nomine actionem in rem habemus edicto Prætoris comparatam, & tamen a nobis quolibet nomine debitoris nobis pecuniam ſolvente, avocari poſſunt. Inde rem quoque pignoratam pignori dari poſſe placuit, ut quandiu pignus in perſona eius, cui primo datum eſt, perſeverat, tandiu pignus ſecundo creditori teneatur, & tam exceptio, quam actio utilis ei detur; quia primo hæc omnia tribuerentur, qui ius ſuum in ſecundum recte transfert: modo nequid amplius. Proinde ſi dominus is, qui pignori rem primo dedit, ſecundo creditori ſolverit, eveniet eodem tempore, ut pignus ab utroque creditore liberetur. A ſecundo, quia ei ſatisfactum eſt. A primo, quia voluntate eius, & nomine ſecundo ſatisfactum eſt, nihilque intereſt, utrum creditori ſolutum ſit, an alii voluntate eius. Hæc Martianus ad formulam hypothecariam ſcribit in *L. grege, §. cum pignori, D. de pignor.* De quo etiam extat

Titu-

Titulus in *C. ſi pignus pignori datum ſit.* Sed quoniam ſecundo creditori ſolvi poſſe Martianus dixerat, quo fieret, ut pignus prius liberaretur; per occaſionem eodem in loco tractat, ſi forte nummi ſecundo illi ſoluti ſint, quo iure ii apud eum futuri ſint, an ut illius fiant, & ſic debitor in totum liberetur ab utroque, an vero ut ſint apud eum tantum pignoris loco, in prius pignus videlicet ſuffecti. Hoc eſt enim, quod quærit illis verbis. ***Sed poteſt dubitari, nunquid creditori nummorum ſolutorum nomine, utilis actio danda ſit.*** Creditorem intelligit ſecundum. Nam de eo loquitur, cui pignus pignori datum eſt, qui ſecundus eſt creditor. Utilem actionem vero hypothecariam, ut prius; ***tam exceptio, quam utilis actio ei danda eſt.*** Nam utilem in perſonam adverſus debitorem dicere ad pecuniam exigendam non convenit; illa enim de nummis nondum ſolutis competit: Martianus autem de nummis iam ſolutis agit, niſi forte ſolutorum interpretamur, ut Accurſius, id eſt, ſolvendorum. In quo id agere videtur, ut nos rideat, qui quod præteriit, de eo, quod futurum eſt, interpretatur. Hoc igitur, ut dixi, quærit per occaſionem Iuriſconſultus, cum nummi ſoluti erunt, an illi pignoris tantum loco apud creditorem erunt; ut illi hypothecaria tantum detur, non vindicatio, tanquam domino? Et cur id dubitari poſſit ſtatim ſubiungit: ***Quid enim,*** inquit, ***ſi res ſoluta fuerit?*** quaſi diceret; non ſine cauſa id dubitari poteſt nummis ſolutis. Nam ſi res, id eſt, ſpecies, ut poſtea explicat, ſoluta eſſet, ea non creditoris efficeretur, ſed apud eum pignoris loco eſſet potius. Et cum eadem omnino quæſtio eſſet, cum nomen debitoris pignori ſecundo creditori datum eſt, & primus debitor ſecundo creditori ſolvit: extaret autem Pomponii in nomine pignori dato diſtinctio: Martianus Pomponii diſtinctionem in eo genere ſubiecit, ut quod illic dictum erat a Pomponio, hic reſponſum intelligeretur, ubi eadem ſolutio eſt, quæ a primo debitore in ſecundum creditorem confertur. Ait igitur: ***Siquidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum eſt, exacta ea creditorem***, ſecundum intellige, ***ſecum penſaturum.*** Unde intelligitur, quod de nummis ſolutis quæſitum eſt, utilem actionem Servianam eorum nomine non dari, tanquam de pignore, ſed nummos eius fieri ſic, ut eos iam cum ſuo debitore, eodemque creditore compenſare debeat. Si vero corpus is debuerit, cuius nomen, aut pignus pignori datum eſt, & ſolverit, pignoris loco futurum apud ſecundum creditorem. Unde intelligitur utilem ei actionem hoc caſu dandam.

IV. Poſtremum bonorum genus eſt earum rerum, quæ ſunt in actionibus, perſequutionibus, id eſt, nomina debitorum noſtrorum. Quare & nomen quoque pignori dari poſſe, receptum eſt; non ut is, cui datum erit, utili Serviana quicquam vindicare poſſit, quia in nomine nihil huiuſmodi eſt: ſed ut iiſdem actionibus utilibus utatur adverſus debitorem, quibus experiretur ſuo nomine is, qui nomen pignori dedit. Sic prætor & creditorem in exigenda pecunia, & debitorem adverſus eum, qui nomen pignori dedit, tuebitur. Quod ſi quid ſecundo creditori ſolutum erit, quo iure id apud eum futurum ſit, iam dictum eſt: ***L. ſi convenerit, D. de pign. act. L. nomen, C. quæ res pig. obl. poſſ.***

V. Quædam tamen res vel natura, vel iuris ratione excipiuntur, quod minus pignori eſſe poſſint. Ac de ſervitutibus, iuris alioqui noſtri rebus, & quarum nomine actiones in rem nobis competunt, an pignori dari poſſent; quæſitum eſt. Nam ſive perſonales ſint, ut uſus, & uſusfructus, perſonæ cohærent, & una cum ea extinguuntur; ſive prædiorum a prædiis ſeparari non poſſunt, quibus cohærent, ut pignori dari poſſe non videantur, etſi in bonis ſint. De ſervitutibus perſonarum ſic habendum eſt, uſumfructum pignori dari poſſe, quia & vendi ab eo poteſt, qui uſumfructum habet. Ita quantum vendendo in alium transferre poteſt, tantum in creditorem recte transferet. Uſum nullo modo. Quia perſonæ cohæret, nec vendi, aut cedi poteſt, ut nec pignori in alium transferri poſſit. ***L. ſi is qui §. uſusfructus D. de pig.*** De ſervitutibus urbanorum quidem prædiorum extat ex Martiano in ***L. ſi is qui §. ult. hoc tit. de pignor.*** iura hæc pignori dari non poſſe; igitur nec convenire poſſe, ut hypothecæ ſint.

VI. De ſervitutibus ruſticorum inde dubitatur. Et plerique omnes putant, dari poſſe pignori, ideo, quod Martianus non generaliter de omnibus dixerit, ſed de prædiorum urbanorum ſervitutibus nominatim: unde coniectura duci poteſt, aliud eum de ruſticis ſenſiſſe. Ad cuius rei confirmationem huc accedit, quod e veſtigio de ſervitutibus ruſticorum prædiorum per adverſativam ex Paulo ſubiungitur, quæriturque, an in his pignoris conventio locum habeat. Et ait Paulus, conventionem pro-

propter utilitatem tuendam eſſe. Quod non diceretur eodem loco per adverſativam præſertim, niſi adverſum ius in utroque intelligere Iuriſconſulti voluiſſent.

VII. Sed Franciſco Duareno noſtro aliud videtur in libro ſecundo *Anniverſar. quæſtion. c.* 13. Huic enim placet, nè ſervitutes quidem ruſticorum prædiorum pignori dari poſſe, non magis, quam urbanorum. Quæ ſententia mihi veriſſima videtur. Nam quæcunque ſervitus prædii eſt, ea prædio cohæret, nec poteſt, quandiu prædium apud debitorem manet, ſervitus in alium transferri, ut ea utatur, quia non perſonæ eſt, ſed prædii; & prædii non cuiuslibet, ſed prædii debitoris, a quo ipſa ſeparari non poteſt. *L. via. L. unus, D. de ſervit. ruſtic. præd.* Quo fit, ut debitor alii vicino eam vendere non poſſit, niſi una quoque prædium ſuum diſtrahat. Quam venditionem ſi prætor non tuetur, ne pignorationem quidem tuebitur, quia eæ res recte oppignerantur, quæ & vendi poſſunt, *L.* 9. *D. de pig.* vel quod in alium transferantur res per obligationem pignoris, vel quod pignus ita detur, ut diſtrahere liceat. Poſtremo ſervitus creditori ſit inutilis: quippe quæ non ipſi poſſit deberi, non enim perſonæ ſervitus eſt, neque eius prædio, quia alii prædio cohæret, a quo invito domino fundi ſervientis in alium transferri non poteſt.

VIII. Quod autem **Paulus** in capite ſequenti tractat de ſervitutibus ruſticis; recte hoc mihi videtur ab illo, & acute animadverſum eſſe, non hoc quærere Paulum, an hæ quoque pignori dari poſſint, ut ita eas ab urbanis ſeparet; ſed illud, an dominus in ſuo ſervitutem conſtituere poſſit creditori pignoris loco, ut ea creditor utatur, quandiu pecunia ſoluta non ſit. Id vero dominum facere poſſe Paulus ait, non ut iure ipſo valeat ſervitus, quia ipſo iure ad tempus conſtitui non poteſt: ſed propter utilitatem contrahentium. Ac de domino fundi, eum loqui, qui temporis cauſſa in ſuo ſervitutem imponat, indicant illa verba, quibus convenire poſſe ait: *ut iis ſervitutibus creditor utatur, ſcilicet ſi vicinum prædium habeat, & ſi intra diem certum pecunia ſoluta non ſit, vendere eas vicino liceat.* Hæc enim pactio de ſervitute, quæ nobis in alieno debetur, recipi non poteſt. Semper enim dominus fundi ſervientis recte negabit ſe creditori aut ei, cui creditor vendiderit, ſervitutem debere, nec quiſquam, cui ſervitus debetur, ſervientis fundi cauſſam deteriorem facere poteſt. *L. ſervitutes, §. ult. de ſer. ur. præd.* Adverſativa autem, qua Paulus utitur, non eo pertinet ut prædiorum urbanorum ſervitutes a ruſticis ſeparentur; ſed ut doceamur, ipſa quidem iura, quæ in alienis prædiis nobis debentur, pignori dari non poſſe. Cæterum in noſtro ea conſtitui poſſe pignoris loco, non tantum ut creditor, qui vicinum prædium habet, ea ſervitute utatur: ſed etiam ut alii, qui vicinum prædium habebit, voluntate noſtra eam ſervitutem vendat, nobisque vel invitis imponat in perpetuum. Ita cum in perſonis ſervitutem oppignerantibus, non in generibus ſervitutum hoc loco diſtinctio poſita ſit: dicendum eſt, quicquid vel apud Martianum, vel apud Paulum in his fragmentis ſub appellatione ſervitutum vel urbanarum, vel ruſticarum affirmatur, exempli cauſſa de iis ſervitutibus dictum eſſe, ut in conſtituentibus differentia eſſet, non in genere ſervitutis.

IX. Ergo ſupraſcriptæ res pignori non dantur, quia ſua natura non poſsunt. Hæ certis de cauſſis pignori non ſubiiciuntur ex conſtitutionibus. Nam Imperatorum Conſtantini, item Honorii, & Theodoſii conſtitutionibus vetantur executores a quocunque iudice dati ad exigenda debita in cauſſam iudicati ſervos aratores, boves, aut inſtrumentum aratorium, & in univerſum, quod ad culturam agri pertinet, capere, ne tributorum illatio retardetur. *L. executores, L. penul. cum auth. ſequ. C. quæ res pig. obl. poſſ.* Quæ conſtitutiones, quo minus hæ res voluntate ipſorum dominorum obligentur, non ſunt impedimento. Spem item eorum præmiorum, quæ pro coronis athletis penſitanda olim fuerunt, ne privata quidem pactione pignorari potuiſſe, Alexandri reſcripto cautum eſt. *L. Spem eorum, C. quæ res pig. obl. poſ.* Credo, ne adempta ſpe iis præmiis potiundi, quæ iam multo ante obligata eſſent, & ad illum poſt reditura, athletis virtus, & alacritas remitteretur ad animoſe, & fortiter certandum, quæ præcipue præmiis propoſitis accenditur. Nota ſunt autem celebratiſſima illa quatuor certamina ſacra apud Græcos Olympia, Pythia, Iſthmia, & Nemeæa, in quibus athletæ, qui viciſſent, coronis donabantur, honoris ergo, & pro coronis etiam præmia publice erant propoſita, de quibus Alexander ſenſit. De athletis, deque variis ludicrorum, & certaminum generibus: item qui honores victoribus olim haberentur, pulcherrime, & ſubtiliſſime ſcripſit Budæus in annotationibus

Digitized by Google

nibus prioribus ad Pandectas. Licebit hodie idem dicamus de omni ſpe eorum præmiorum, quæcunque publice ob victoriam in omni certamine virtutis cauſſa propoſita erunt vincentibus. Commoda tamen ipſa, quæ iam eo nomine præſtantur, pignori capi poſſe tradidit Papinianus; cuius extat reſponſum de hac re ſub *tit. de re iud.* in hæc verba; *Commodis præmiorum, quæ propter coronas ſacras præſtantur, condemnato placuit interdici, & eam pecuniam iure pignoris in cauſſam iudicati capi*. Hæc præmia intelligit, quæ athletis præſtantur pro coronis. Sacras enim coronas vocat, quæ in certaminibus illis ſacris donarentur. Unde & qui in illis viciſſent, hieronicæ dicebantur.

X. Quibus expoſitis apparet rem, quæ in bonis obligantis non fuerit, hypothecaria actione non teneri, & quæ recte data eſt, ſic peti poſſe, ut ſufficiat, rem in bonis eius fuiſſe, cum conveniebat, id eſt, cum pignus contrahebatur; idque probari ſatis eſt. *d. L. & quæ nondum*. §. 1.

XI. Ad quod illuſtrandum in primis conducet exemplum Papiniani, quo ille in utramque partem utitur in *C.* 3. *hoc tit. de pig.* Ponit enim principio debitorem pignori rem dediſſe, deinde cum eam poſtea amiſſam vindicaret, vel actione de ſingulis rebus, vel petitione hæreditatis, victum eſſe. Quæritur, an creditor actione Serviana adhuc experiri poſſit. Movet, quod pronunciatum eſt, rem debitoris in bonis non eſſe. Ille poſſe experiri creditorem reſpondit. Satis enim eſſe ſi probet rem in bonis debitoris fuiſſe, quo tempore pignus contrahebatur. Nam quod condemnatus eſt, poſtea ſecutum eſt. Nec obſtat, quod pronuntiatum eſt, rem retro quoque in bonis debitoris non fuiſſe. Res enim inter alios iudicatæ aliis non nocent. *L.* 1. *de excep. rei iud.* Præterquam in iis rebus, quæ ex præiudiciis pendent, ut legatis, cum de hæreditate contra hæredem teſtamento ſcriptum pronuntiatum eſt. Legata enim ex teſtamento pendent. At fieri poteſt, ut res debitoris fuerit, de qua petitione hæreditatis actum eſt; lis tamen non fuerit recte inſtituta, cum ſuam vindicare deberet, quam ſibi iure hæreditario, tanquam teſtatoris foret, vindicabat. Fingit deinde e converſo, debitorem per iniuriam victum rem, quam petierat, pignori dediſſe. Quæſtionis eſt, an hic quoque creditor poſſit Serviana experiri, probans rem in bonis debitoris eſſe, cum per iniuriam victus eſſet, quia non videatur exceptio rei iudicatæ hic magis creditori nocere, quam in ſuperiore ſpecie debuiſſe. Et ait hoc caſu Servianam creditori non eſſe dandam: ſcilicet quia verum ſit rem, tum in bonis debitoris non fuiſſe, cum pignus contrahebatur. Eſt enim res in bonis, ad quam recuperandam actionem habemus; hanc autem amiſit, qui iudicio victus eſt. Rem enim ſi vindicet a poſſeſſore, ſummovebitur rei indicatæ exceptione, etiam ſi iniuria victus ſit. Nihil autem intereſt, ipſo iure quis actionem non habeat, an eam habeat quæ per exceptionem infirmetur. *L. nihil intereſt, D. de regul. iur.* Ita utriuſque partis regulæ illius ſuperioris exempla hæc ſunt.

XII. Iam vero cum eæ res vendi poſſint, quæ in bonis cuiusvis ſunt. (Nam & ſuperficiaria prædia, & vectigalia, & pignus, & actiones, aut nomina vendi poſſe conſtat) contraque nihil eorum vendi, poſſit, quod in bonis non eſt: *L. ſed & Celſus, D. de contrah. em.* & recte definitum eſt, quæ res emptionem, venditionemque recipit, pignorationem quoque recipere, & contra. *L.* 9. *de pign.* Inde placuit, quam rem quis emere non poſſet ob id quia commercium eius rei non eſt, nec iure pignoris eum accipere poſſe. *L.* 1. *§. eam rem*, infr. *quæ res pig. obl.* Quod non eſt contrarium ei, quod ſub titulo de pignoribus Modeſtinus definit *cap.* 24. *In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohiberi*.

XIII. Aliud eſt enim, commercium alicui interdictum eſſe: aliud, rem emere prohiberi: exempli gratia, qui officii cauſſa in provincia agunt vel militant, prædia comparare in eadem provincia prohibentur. *L. qui officiis. L. non licet. D. de cont. empt.* Idem ſi cum alio contraxerint, pignus recte accipient, & diſtrahent, quia non emit, qui vendit. Hi autem emere tantum prohibentur. Sed nec legis ſententia offenditur. Ideo enim prohibentur Præſides, & milites, & cæteri eiuſmodi in provinciis emere, ne rem acquirant: quod niſi prohiberentur, facile res omnes per concuſſionem, vel propter potentiam, vel gratiam ad ſe advocarent. Adverſus quod periculum lege proſpectum eſt. Hæc ratio in eo, qui vendit nulla eſt. Tantum enim abeſt, ut qui vendit acquirat, ut vendendo, etiam quod habet, alienet. Cum autem commercium interdictum eſt, utraque re interdicitur & emptione, & venditione. Commercium enim non tan-

Digitized by Google

tantum in emendo eſt, ſed etiam in diſtrahendo. Et ut Ulpianus in fragmentis inſtitutionum, titulo, De dominiis definit, *Commercium eſt, emendi, vendendique invicem ius*. Sic fit, ut pignori quoque accipere interdicatur, quia pignus ſic accipiatur, ut diſtrahere liceat. Sed quomodo pignus obligetur, & a quibus, ſatis dictum eſt. Sequitur, ut quod ius ſit in pignore conſtituto creditori dicendum ſit.

C A P. IX.

De iure creditoris in pignore & de actione hypothecaria, ſeu Serviana.

Ius creditoris in pignore duplex: & quale utrumque. I.
Ad illud obtinendum actio in rem comparata eſt creditori: cuius appellatio multiplex. II.
Adverſus quos illa detur; & cuius rei gratia: & quibus modis eo perveniatur. III.
Qui hac actione tenetur, niſi reſtituat, tanti damnatur, quanti in litem iuretur. IV.
Lis tanti vero æſtimatur adverſus extraneum poſſeſſorem dumtaxat, non adverſus debitorem; quæ diſcriminis ratio. V.
Pignore diſtracto non extinguitur pignoris perſecutio; alibi de hoc auctor. VI.

I. IUS creditoris, ut initio dixi, in pignore duplex eſt. Unum maxime pignorum proprium, rem tenere, eique incumbere licere, donec pecunia debebitur. Alterum diſtrahere etiam licere, ſi creditori ad ius ſuum conſequendum, ita faciendum videatur. De poſſeſſione pignoris, ſic ea creditori datur, ut fructus etiam ſuo iure percipiat, non illos quidem ut lucretur, ſed quos deinde in ſortem ſibi compenſet. Quin etiam iudicio pignoratitio percipere eos cogitur ex fide bona, ne res apud eum otioſa & ſine fructu maneat, & debitori vacet. *L. 2. C. de pig. act.* Proinde & prædia ſibi obligata ex cauſſa pignoris recte locabit. *L. creditor hic de pig.*

II. Ad id, ut dixi obtinendum, & rem poſſidenti exceptio datur, & nec poſſidenti ad eam perſequendam actio. De exceptione nulla dubitatio eſt, ſi quidem ei actio datur. Nam cui damus actionem, eidem exceptionem competere multo magis quis dixerit. *L. 1. de ſuperfi.* De actione videamus. Pignoris perſequendi cauſſa actio in rem eſt, non in perſonam tantum debitoris. *L. pignoris, C. eod.* Hæc primum de rebus coloni, quas pro mercedibus fundi pignori futuras pactum eſſet, propoſita eſt edicto, & prætore Servio Serviana eſt appellata, ut a Publicio Publiciana. *§. item Serviana, § ſed iſta quidem inſtit. de act.* Poſt deinde ad exemplum earum rerum de cæteris quoque rebus, quæ pignori datæ eſſent, actio reddi cœpit, quæ ex eo quaſi Serviana dicta eſt. *d. §. item Serviana.* Indeque etiam factum eſt, ut utilis Serviana appellaretur. *L. lege, §. cum prædium, D. de pignor.* Sic & de ſuperficie in rem actio cum rei vendicatione collata, quæ iure civili proponitur, & quaſi in rem dicitur, & utilis ab Ulpiano *in L. 1. §. 1. & §. is autem, D. de ſuperfic.* Abuſive ac etiam Serviana abſoluta interdum nominatur. *in L. 3. L. ſi inter, §. 1. D. de pignor.* Atque hæc ab auctoribus nomina ſunt. Ex re vero quæ petitur, hæc omnis de pignore actio hypothecaria appellatur, ab hypotheca, quæ proprie tunc dici intelligitur, cum poſſeſſio non eſt apud creditorem. Porro ea demum vindicatur, quæ apud alium eſt. Pignoratitia vero proprie dicitur in perſonam actio, qua debitor adverſus creditorem utitur de pignore repetendo, pecunia ſoluta. Verum & hoc nomine quandoque hypothecaria ſignificatur, a pignore, quod in iure obligationis ab hypotheca nihil differre diximus. Sicque accipitur in his locis. *L. rem alienam, D. de pig. act. L. 3. §. eſt autem D. ad exhib L. communi, §. inter, D communi divid. L. duobus. L. pen. de excep. rei iud*

III. Cum ſit igitur in rem actio de pignore perſequendo, nimirum adverſus omnes dabitur, qui rem tenebunt, poſſidebuntve, aut dolo malo deſierunt poſſidere, ut id reſtituant. Hoc enim eſt, in rem,

rem ſequi, eiuſque rei poſſeſſorem. Idque omnium in rem actionum commune eſt. *L. ſi fundus*, *§. in vindicatione*, *D. de pig. L. officium*, *D. de rei vendic. L. actionum*, *D. de obli. & act.* Finis actionis, atque intentio omnium in rem actionum propria, ut dum pignori obligatam conſtabit, res petitori reſtituatur. Idque ut fiat, iudex primum arbitratur. Alterutro igitur modo is, unde petitur, abſolvetur, ſi aut rem reſtituet aut petitori pecuniam ſolvet. Rem quidem reſtituendo, quia arbitrio iudicis ſatisfecit, pecuniam ſolvendo (quod quiſque pro debitore ignorante, & invito poteſt facere) quia pecunia ſoluta nullum amplius pignus eſt, eoque liberato inutilis hypothecaria creditori relinquitur.

IV. Si neutrum faciet, id eſt, ſi arbitrio iudicis non parebit, ſequitur condemnatio horum iudiciorum propria ex arbitrio iudicis pendens, ut ſi quidem dolo malo fecit reus, quo minus rem reſtitueret, tanti damnetur, quanti in litem iuratum eſt; ſin culpa rei poſſeſſionem amiſit, quanti petitoris intereſt. *L. ſi fundus. §. in vendicatione*, *D. de pignor. d. L. qui reſtituere*, *D. de rei vend.* Unde & actiones arbitrarias has eſſe conſtat, in quibus ex arbitrio iudicis, & iuſſu condemnatio, aut abſolutio pendet. *§. præterea*, *Inſti. de action.*

V. Sed quod dixi ſi res pignorata non reſtituatur, litem tanti æſtimandam eſſe adverſus poſſeſſorem, quanti in litem iuratum eſt; non adverſus quemvis poſſeſſorem accipiendum eſt, ſed adverſus extraneum tantum, qui nihil quæri poteſt ſi plus creditori præſtet, quam ei debeatur: quia quod amplius debito creditor fuerit conſequutus, debitori reſtituere debet pignoratitia actione, omninoque ei bonam fidem præſtare debet, ut eadem in debitoris cauſſa faciat, quæ ille faceret in ſua. Adverſus debitorem autem non pluris, quam debet, quia non pluris intereſt, vel hoc nomine, quod nemo eſt alius, quam debitor, cui creditor teneatur, ſi ipſe amplius fuerit conſequutus. *L. inter*, *§. ult. de pig.* Adeoque in debitore id verum eſt, ut Martianus ſcribat, *L. ſi fundus*, *§. ſi pluris*. *D. de pig. ſi pluris condemnatus ſit debitor non reſtituendo pignus, quam computatio ſortis, & uſurarum faciebat, nec provocaverit, ſi tantum ſolvat, quantum debet, exonerari hypothecam* non ſubtili id quidem, & ſtricto iure. *Semel enim cauſſa tranſire cœpit ad condemnationem*, inquit, & creditori pecunia ex cauſſa iudicati deberi. Secundum regulas autem iuris ita quiſque liberatur, ſi quod debet, ſolverit in prin. *tit. qui mo. toll. oblig.* Sed benigna, nec malitioſa iuris interpretatione. Nam creditori ſolvendo, quod debetur, natura contingit, ut acceſſio quoque liberetur, *L. in omnibus de ſolu.* qua liberata nihil iam creditoris intereſt, omninoque ei omnis actio iure eſt extincta.

VI. Ex hoc iure apparet nec diſtractit alienatisve rebus pignori obligatis extingui pignoris perſecutionem. Alioqui diceremus actionem tantum de pignore adverſus debitorem eſſe, non in rem, ſi ea alienata poſſeſſorem convenire non liceret. Non nocet quod dominium in alium translatum eſt: Neque enim in hac re aut ulla alia debitor creditoris conditionem facere potuit deteriorem. Ex quo ſemper accidit, ut res cum ſua cauſſa alienetur. *L. diſtractis. L. debitorem. C. de pi. L. alienatio de cont. emp.* Sed alius nobis propoſitus eſt ad explicandum locus, quomodo pignus amittatur. Itaque cum hic locus ad eam rationem pertineat, ut quæratur, an hoc modo pignus amittatur, ſatius eſt rem hanc in illud tempus differamus. De iure diſtrahendi pignoris videamus.

CAP.

C A P. X.

De diſtractione pignorum .

Ordo & partitio rerum. I.

Creditor pignoris diſtrahendi ius habet; modo ne quid contra convenerit. II.

Immo ſi & contra convenerit: modo ter ante denuntiaverit debitori creditor: & quæ huius rei ratio. III. V.

Et quod triplicis eius denuntiationis intervallum. IV.

Quid iuri diſtrahendi pignoris conſequens. VI.

Pignus diſtrahi ſtatim poteſt, niſi aliter convenerit. VII.

Hoc ius non eſt a Iuſtiniano immutatum: qui Iuſtinianeæ conſtitutionis germanis ſenſus. VIII.

Quæ forma in pignore diſtrahendo ſervanda creditori. IX.

Valet diſtractio nihilominus & illa prætermiſſa. X.

Quid hæc diſtractio transferat in Emptorem. XI.

Pignus a creditore diſtractum non avocatur ab emptore ſolutione debitoris. XII.

Niſi tamen ita convenerit ut creditori, vel & ipſi debitori liceat pecunia reddita pignus recuperare. XIII.

Etiam cum nihil de eo convenit, iure cogi nonnullos pignus reddere debitori oblata bis dépenſa pecunia; & qui ſint. XIV.

Creditor pignore diſtracto quid præſtare debeat emptori: Hoc qua diſtinctione temperetur. XV.

Quidquid occaſione pignoris pervenit ad creditorem, aut per eum ſtetit quominus perveniret, hoc idem proficit ad liberationem debitori. XVI.

I. DE diſtractione pignoris duplex eſt quæſtio. Prior illa, an creditor iure ſuo pignus poſſit diſtrahere, & ſi poteſt, quando poſſit, quave forma obſervata. Altera de venditione, quam vim habeat. In qua hæc quæruntur, primum de emptore, quid in eum ille transferat, tum de creditore, quatenus ea venditione obligetur, poſtremo de debitore, quatenus ea re liberetur.

II. De iure creditoris in diſtrahendo pignore, ſic ſtatuatur, iure ſuo illum pignus diſtrahere, ſive convenerit, ut id facere liceret, ſive non convenerit, modo ne quid contra convenerit, ne diſtrahere liceret. Et hoc eſt, quod in edicto Prætor pollicetur ſe venditionem pignoris ſervaturum, quoad eius contra legem pignoris non fiat, id eſt, modo ne quid lex pignoris refragetur. *L. 4. de pign. act. L. ſi ceſſante, C. de diſtrac. pig.*

III. Quinetiam ſi convenerit, ne diſtrahere liceret, hoc Ulpianus ſcribit, ſtatim quidem vendere non licere, ſed tamen ſi ter denuntiatum ſit debitori, ut ſolvat & ceſſaverit, ad extremum licere. *d. L. 4. de pig. act.* Ter denuntiatum ſic accipimus, non ut eodem tempore ter ita dicatur debitori, ſolve, ſolve, ſolve. (Nam hoc nihil ab una denuntiatione differt, & pluſquam veteratorium eſt, tres denuntiationes verbis exigere, quæ re ipſa nihil amplius commodi afferant reo ad conquirendam pecuniam, quam una,) ſed ita ut inter ſingulas denuntiationes aliquod intervallum intercedat.

IV. Et plerique omnes probant inter unam quamque unum diem intercedere debere, quia obſervarunt abſentem reum in cauſſa criminis, pro quo abſente nemo excuſationes adfert, per triduum eſſe citandum ante, quam damnetur. *L. inter, de pub. iud.* Quod quid ad rem pertineat, non video. Nam ſi illius loci argumento uti voluerunt, ut probarent in debitore idem faciendum eſſe ante, quam pignus diſtrahere liceret, adiicere debuerunt, etiam debitorem per ſingulos dies ter citandum eſſe. Nam hoc in citando reo etiam requiritur. *d. L. inter*. Sed profecto ordo iudicii criminalis & celeritas conficiendæ rei cum officio privati creditoris in debitore admonendo nihil coniunctum aut commune habet. Aliquid dicerent, ſi docerent alicubi lege eſſe conſtitutum reum abſentem ter citandum eſſe, deinde oſtenderent ad interpretationem eorum verborum legis hoc ſubiectum eſſe, ter citarum accipere nos debere per triduum. Sed nihil tale reperient. Ego pro-

probabiliter dici poſſe exiſtimo, ita ter eſſe denuntiandum, ut per intervallum denuntietur non minus, quam decem dierum, atque ita poſt triginta demum dies creditori pignus vendere liceat. Quod multis locis conſentaneum reperietur, in quibus cum de exigenda pecunia, conveniendoque debitore agitur, non ſtatim, ſed poſt aliquod tempus, neque tempus lege aut edicto adiicitur, decem dierum ſpatium, ut minimum requiritur. Nam cum in edicto de pecunia conſtituta Prætor polliceretur actionem, ſi is, qui conſtituit, non ſolviſſet, ſed poſt aliquod ſaltem modicum tempus, hoc Ulpianus ſic interpretatus eſt, non minus quam decem dierum. *L. promiſſor, §. ſi ſine, D. de conſt. pec.* Sic eum in cauſſa civili reus abſens tribus edictis, id eſt, denuntiationibus, de quibus hoc loco agitur, lege vocandus eſſet, idem Ulpianus tria edicta ſic accepit, ut interponi deberent per intervallum non minus decem dierum. *L. ad peremptorium, & L. ſeq. de iudic.* Congruit præterea hæc ſententia legi duodecim Tabularum. Ea enim lege æris confeſſis, ac debiti iudicatis triginta dies dati fuerunt conquirendæ pecuniæ cauſſa, quam diſſolverent, ut teſtis eſt Aulus Gellius *lib. 20. c. 1.* quos dies decem viri iuſtos appellarunt, poſt quod tempus res debitoris pignori capere, ac diſtrahere liceret. Quo iure poſito, cum dubitabitur, ſi quando creditor ſummum tempus expectare iubeatur ante, quam pignus vendat quodnam id eſſe debeat, non erit incommodum eius rei interpretationem ex lege ſumere, ut cum tantum tempus præterierit, quantum lex ipſa iudicatis beneficii loco largitur, nihil debitor præterea requirere debeat.

V. Sed quod ait Ulpianus, poſt tres denuntiationes vendere pignus licere etiam tum, cum ita convenit, ne liceret diſtrahere, parum liquere videtur. Nam quomodo poterit, cum id ſemel convenerit contra conventionem pignus diſtrahi, cum ut vendere liceat, creditoris cauſſa conſtitutum ſit, liceat autem unicuique ſecundum veterem regulam iuris eo iure non uti, ſi velit, & ſi quid tale convenerit, ne eo uteretur, omnino pactio ſervanda ſit? *L. pen. C. de act. L. pactum, D. eod.* An eo fieri dicemus, quod hæc pactio contra publicam utilitatem eſt, quia non facile alioqui creditores reperientur, qui pecuniam velint credere, ubi pignus illis diſtrahere non licebit? Nam hoc pleriſque placet. Mihi autem inepta hæc ratio videtur. Nam cum de eo creditore agatur, qui pecuniam iam credidit, & ſua ſponte hoc ius debitori remiſit, ne pignus diſtraheret, valde ſtultum eſſe metuere, ne propter eam facultatem diſtrahendi ademptam pecuniam non det, cum iam ante ea facultate ultro ſibi detracta crediderit. Si de credenda pecunia ageretur, & illud quæreretur, an pignus vendere creditoribus permittendum eſſet, tum ſane publicam in eo omnium utilitatem verſari diceremus, ut diſtrahere permitteretur, quo ad facilius credendum homines invitarentur. Nunc poſtquam ultro credita pecunia eſt, & pignus acceptum, an velit deinde creditor pignus diſtrahere, aut non diſtrahere, quin in eo privata eius utilitas, & arbitrium verſetur, negari non poteſt. Quid ſi omnino pignus non acciperet? quid ſi acceptum remitteret? quiſquamne in eo publicam utilitatem verſari, & ideo hoc eum remittere non poſſe diceret? Quanto minus dicere convenit eum, qui pignore accepto hoc remiſit debitori, ne vendat, contra utilitatem publicam facere videri? Ego eum, qui pignus dedit, hoc ipſo quod pignoris loco rem eſſe voluit, ſimul etiam conveniſſe dico, ut diſtrahere liceret. Neque aliter pignus eſſe intelligo. Nam cui bono rem alioqui apud ſe otioſam tenere, ſi diſtrahere non licebit, ut ad ius ſuum creditor perveniat? Indicat hoc Alexander Imperator in *L. 1. C. de pact. pig.* qui, cum proponeretur debitor pactus eſſe, niſi intra certum tempus pecuniam ſolveret, ceſſurum ſe creditoribus hypothecarum venditionem, reſcripſit eum, qui id feciſſet, non contraxiſſe: ſed id comprehendiſſe pacto, quod creditor in pignore adipiſcendo ſuo iure eſſet habiturus. Innuens hoc ius vi ſua pignori eſſe adiunctum, & conſequens, nec a pignore, quandiu nomen ſuum retineat, poſſe ſeparari. Adeoque pignus in hoc datur, ut diſtrahere liceat, ſi opus eſt, ut cum debitor creditori ſuo forte permiſiſſet rem aliquam diſtrahere, ſi pecuniam non ſolviſſet, reſponderit Papinianus, ea conventione pignus contractum videri; *L. 3. §. alen. qui po. in pig. hab.* quaſi hoc proprium pignoris eſſet, ut eo conceſſo, quod ſolius pignoris proprium eſt, pignus datum intelligeremus. Cum igitur pignore dato convenit, ne creditori diſtrahere liceret, ex eo quod præceſſit, apparet non id actum eſſe, ne omnino liceret, alioqui pignus, pignus non erit, ſed ut ne liceret ſtatim, aut poſt unam, atque alteram fruſtrationem debitoris, aliquando tamen liceret. Semper autem non ſolum in emptus rebus & venditis,

Digitized by Google

ditis, ut Pomponius loquitur in ſpecie non abſimili, in *L. ſed & Celſus*, §. 1. *de contr. empt.* ſed in rebus omnibus, quæ conſenſu contrahuntur, non quod dictum, ſed quod actum fuit, ſequendum eſt. Quod ſi aliquando vendere licet, nihil cauſſæ eſt, cur non poſt extremam debitoris toties interpellati fruſtrationem, poſt id tempus denique quod iudicatis humanitatis cauſſa datur id facere liceat.

VI. Cum ſit ergo hoc ius pignoris proprium, ut vendere id liceat, conſequens eſt, cum id creditor ſuo iure faciet, debitorem obnuntiatione ſua venditionem impedire non poſſe, de quo titulus in Codice, *debitorem vendit. pign. impedi. non poſſe*: Conſequens eſt, quandiu non eſt integra pecunia creditori ſoluta, etiamſi pro parte maiori ea fuerit creditor conſecutus, rem obligatam totam diſtrahere poſſe, quia non niſi omni pecunia ſoluta pignus eſſe deſinat. *L. quamdiu, C. de diſtr. pignor. L. ſi rem §. omne, de pign. act. L. arbiter L. ult. D. hoc tit.* Poſtremo & hoc conſequens eſſe apparet, cum pluribus rebus pignori obligatis, vel generali obligatione omnibus, ſingula pignoris iure teneantur: *creditoris arbitrio permitti ex his rebus, quibus velit diſtractis, ad commodum ſuum pervenire: L. creditoris D. de diſtr. pign.* Quod tamen ex conſtitutione divorum fratrum in eo, qui ſpecialiter quædam, & univerſa bona generaliter pignori accepit, quamvis æquale ius in omnibus habeat; ita temperandum eſt, ut ſi certum ſit, poſſe eum ex his, quæ nominatim ei pignori obligata ſunt, univerſum debitum redigere; ea, quæ poſtea ex eiſdem bonis pignori accepta ſunt, non poſſint auferri, nedum, diſtrahi. *L. 2. C. de pign.* Creditorem pignus vendere poſſe conſtat.

VII. Videndum eſt, an ſtatim poſſit, & omnino quando poſſit. Et quidem ſi convenit, quando diſtrahere liceret, id ſervabitur, ut ante non liceat. *L. ſi neceſſarias, §. ſi anima, D. de pign. act. L. cum ſolvendæ, D. de diſtr. pign.* Si nihil dictum eſt, cur ceſſante debitore ſtatim diſtrahi non poſſit, nihil eſt impedimento, & ita conſtitutum eſt. Gordianus in *L. ſi ceſſante*, C. eo. titu. *Si ceſſante ſolutione creditor non reluctante lege contractus ea quæ ſibi pignori nexa erant, diſtraxit, revocari venditionem iniquum eſt.*

VIII. Sed interpretes vulgo conſtitutione Iuſtiniani, quæ eſt de iure dominii impetrando, hoc ius eſſe emendatum cenſent, putantque non ante biennium, quam debitor interpellatus eſt, & ceſſavit, pignus poſſe diſtrahi, ubi de diſtrahendo nihil convenit. His enim ipſis verbis loquitur in ea conſtitutione Iuſtinianus quæ extat ſub *tit. de iure domin.* impetr. *Sancimus itaque, ſi quis rem creditori ſub pignoraverit, ſi quidem in pactione cautum eſt, quemadmodum debeat pignus diſtrahi, ſive in tempore, ſive in aliis conventionibus, ea obſervari, de quibus inter creditorem, & debitorem conventum eſt. Sin autem nulla pactio interceſſerit, licentia dabitur fœneratori ex denuntiatione, vel ex ſententia iudiciali poſt biennium, ex quo atteſtatio miſſa, vel ſententia prolata eſt, numerandum eam vendere. Sin vero nemo eſt, qui comparare eam voluerit*, & quæ ſequuntur. Mihi autem cur Iuſtinianus ius vetus in ea re emendare vellet, nulla cauſſa fuiſſe videtur, imo vero & durum id, & iniquum eſt. Nam quo tandem creditori rem pignoris iure poſſidere, ut tam longum tempus expectare iubeatur, nec ante poſſit ius ſuum conſequi? Quid enim ſi debitor ſolvendo non ſit? Et ideo illi ipſi contrariæ ſententiæ defenſores Itali teſtantur aliud conſuetudine publica Italiæ obſervari. *Accur. in d. L. ult. C. de iur. dom. impetr.* Videamus igitur ne Iuſtiniani conſtitutio ad eos tantum pertineat, qui ius dominii impetrare velint in pignore. Quod mihi omnino videtur, ut ſit ſenſus, eos, qui dominii ius impetrare volunt, non ante biennium impetrare poſſe; biennio autem exacto non ſtatim id poſſe facere, ſed prius rem venum exponere, & diſtrahere, ſi licebit; ſin minus, tum deinde impetrare a principe, ut res dominii iure poſſideatur. Quod ergo ait Iuſtinianus, licentia erit fœneratori poſt biennium rem vendere, non ſimpliciter dictum intelligendum eſt, ſed ad aliquid, & cum diſiunctione, ut ſit ſententia: licebit poſt biennium vendere ad hoc, ut ſi res venum expoſita poſt id tempus emptorem non reperiat, tum ad dominii ius impetrandum progredi poſſit creditor. Nec longe huic ſententiæ argumenta repetantur. Iuſtinianus initio eius conſtitutionis profitetur, ſe formam in dominii iure impetrando, & proſcriptione publica, quæ olim fieri in ea re conſuevisſet, immutare velle. Id etiam titulus, ſub quo illa conſtitutio relata eſt, loquitur. Olim quoque ſi quis rem dominii iure poſſidere vellet, & publice proſcribere, & annum expectare creditor debebat, intra quem debitor pignus luere poſſet, ut conſtat ex principio eiuſdem

con-

conſtitutionis. Neque tamen ideo efficitur, idem in omnibus obſervari debuiſſe, qui non dominii ius impetrare vellent, ſed ſolum rem diſtrahere. Ne nunc quidem eum Iuſtinianus formam ei rei dare ſua conſtitutione voluerit, ſic accipere debemus, ut qui ſuo iure uti, & pignus diſtrahere voluerit, non dominii iure poſſidere, primo quoque tempore ceſſante debitore, non id poſſit facere. Poſtremo cum ius id olim fuerit, ut ſtatim diſtrahere liceret ei qui rem dominii iure poſſidere non poſtularet; niſi appareat, Iuſtinianum nominatim hoc ius emendare voluiſſe, manere id iudicandum eſt.

IX. Iam videndum, quam formam in diſtrahendo creditor obſervare debeat: Nam ſolemniter vendere iubetur. *L. quæ ſpecialiter, C. eo. tit.* Et hæc eſt huius iuris ſumma. Creditor bona fide diſtrahere pignus debet. Id in eo poſitum eſt, ut & rem proſcribat, quo facilius emptorem reperiat: & cum proſcribit, aut alias res recte vendit, notum debitori faciat, ut quodcunque gerit, quantum licet, teſtato debitorem admoneat ſcilicet ne aut minoris vendat, quam quanti res eſt, aut cum tanti vendiderit, debitorem id celet qui fortaſſe idoneos etiam magis emptores dare potuerit. Quod his prætermiſſis a debitore factum eſt, contra bonam fidem fieri dicimus. *L. creditor. L. quæ ſpecialiter, C. eo. titu. L. cum contra, C. ſi vend. pign. agat.* Sed hæc omnia ideo a creditore exiguntur, ne ipſe poſtea debitori iudicio pignoratitio teneatur, quo iudicio quicquid eſt, quod creditori imputari poteſt, cur res iuſto pretio non ſit vendita, præſtare cogitur.

X. Cæterum his prætermiſſis etiam venditionem valere argumento, eſt, quod in creditorem hoc caſu actio datur, non emptorem, niſi ſubſidio, ſi de bonis creditoris condemnati ſolvi pecunia non potuerit: neque id ſemper, ſed ita demum ſi probatum fuerit, eum fraudis cum creditore participem fuiſſe, cum ſciret illa prætermitti, nec tanti res venderetur, quanti eſſet. *L. ſi ceſſante, C. eo. tit. L. 1. L. 4. C. ſi vend. pig. aga.* Ex quo apparet iudicio reſtitutorio hoc fieri; in quo cauſſæ cognitione ad rem repetendam opus eſt, idque ex illa clauſula edicti de maioribus 25. annis in integrum reſtituendis: *ſi qua mihi iuſta cauſſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam. L. 1.* in fin. *ex quibus cauſſ. maio.* Alioqui ſi dominium in emptorem non transferretur; neque id a debitore recederet, & quia dominus eſſet, ſine ulla exceptione rem ſuam a poſſeſſore auferret.

XI. Deinceps quid valeat ea venditio, & quid in emptorem transferatur, dicamus. Et cum creditorem ius diſtrahendi habere ſtatuamus ne fruſtra ſit venditio, nimirum re ipſa hoc dicere intelligimur, dominium in emptorem tam transferri, quam ſi debitor ipſe vendidiſſet; ſi modo is dominus fuerit, & omnino quod ille iuris habet, id transferri. *L. non eſt novum, D. de acqu. rer. dom.* Nec quis miretur, eum dominium transferre, qui dominus non eſt. Voluntate enim debitoris, eiuſdemque domini id efficitur, non proprio aliquo creditoris iure. *In princ. titul. quib. alie. vel non.* Id hanc vim habet, ut quamvis emptori pecunia poſtea offeratur, vel a debitore, cuius res erat, vel a creditore ſecundo, cui eadem res erat obligata, non poſſit tamen ab emptore avocari. *L. 3. hoc tit. L. 1. C. ſi antiq. cred.* Hoc enim conſequens eſt regulæ iuris, qua efficitur, id quod noſtrum eſt, ab invitis non recedere, & ad alium transferri. *L. id quod noſtrum. D. de reg. iur.*

XII. At enim dixerit hoc loco aliquis, pretio a creditore accepto, creditor dimittitur. Sic fit, ut quaſi ſolutione eius, quod debetur, certe quidem eius obligationis, quæ fuerat, liberatione, pignus quoque liberetur, ut iam illud quoque conſequens ſit, debitorem, ſi pecuniam offerat, rem ſuam pignore ſublato poſſe avocare. Denique ſolutione eius, quod debetur, debitori pignoratitia actio naſcitur. Hic reſpondebimus idem, quod Martianus ſcribit in *L. ſolvitur, §. 1, D. quib. mod. pig. vel hyp. ſol.* cum ius obligationis vendidit creditor, & pecuniam accepit nihilominus manere omnes obligationes integras; quia pretii loco id accipitur, non ſolutionis nomine.

XIII. Quod tamen dicimus pecuniam emptori a debitore offerri non poſſe, non eſt perpetuum. Quid enim ſi in diſtrahendo pignore lex dicta ſit, ut ſi pecunia emptori offeretur, pignus recipere liceret? Sed conventio duplex eſſe poteſt. Poteſt enim ita paciſci creditor, ut liceat ſibi reddere pecuniam, & pignus recuperare. Poteſt etiam ita, ut ſi ab ipſo debitore intra certum tempus pecunia offeratur, ipſe rem ſuam recipiat. De priore non dubitatur quin valeat, ut ipſi, qui pactus eſt, ex ſua pactione, aut ex empto, aut præſcriptis verbis detur actio: *L. 2. C. de pactis inter empt.* quam ipſam deinde cedere debebit debitori. *L. ſi creditor*

Digitized by Google

ditor in prin. *hic*. De poſteriore, an aliquid egerit dubitatio eſt. Nam alteri fruſtra paciſcimur, propterea quod neque ipſe creditor ex ea agere poſſe videtur, qui ſibi cavere noluit, neque debitor, in quem pactio collata eſt, quia ei creditor cavere non potuit. Ut enim alteri per alterum, qui in poteſtate eius non ſit, quæratur actio, regula iuris non patitur. *L. multum, C. ſi quis alteri vel ſibi. L. quicunque D. de oblig. L. ita ſtipulatus, §. Chryſogonus, D. de verb. oblig.* Sed extant de hac pactione reſponſa Ulpiani, & Martiani, ut utrique in propoſito actio danda ſit, & creditori, quam debitori cedere cogatur, & debitori ipſi, qua ille utatur ſuo iure, etiam ſi a debitore ceſſam non acceperit. *L. ſi cum venderet, D. de pig. act. d L. ſi creditor. 2. reſp. hoc tit.* Et recte. Nam primum quod dicimus inutiliter nos ſtipulari alteri, aut paciſci, ut ipſi quidem, qui pacti ſumus, agere, ex ea pactione poſſimus, ita verum eſt, ſi noſtra non interſit. Quod ſi quid intereſt, magis nobis ſtipulati eſſe, quam alii videmur, & ideo etiam inde agi poteſt. *L. ſtipulatio iſta, §. ſi ſtipuler. D. de ver. obl.* Intereſt autem creditoris diſtrahentis, cum certa lege vendiderit, quam alii ex bona fide iudicio pignoratitio præſtare debeat, aut legem eam ſervari, aut rem apud emptorem non manere. Quam actionem ſi cedat debitori, liberatur. Quod autem in hac ſpecie debitori ipſi actionem damus actionem in rem Ulpianus intelligit, *d. L. cum venderet, D. de pig. act.* aut quoniam dominium apud debitorem manſiſſe intelligitur ex conventione & facto creditoris, actionem in factum conceptam, qua per narrationem eius, quod factum eſt, debitor id conſequatur, ut ſecundum conditionem quam probat eveniſſe, emptione reſciſſa rem ſuam recipiat. Nec vero, quo minus id fiat, regula iuris eſt impedimento. Vetat enim regula iuris, alteri per alterum actionem acquiri. Et ſane ex empto actio debitori, qui non vendidit, ex contractu alterius competere non poteſt. Nunc actio in rem debitori datur, hæc autem illi non acquiritur, ſed quæ iam ante illius fuerat, retinetur, quod regula non prohibet. Ut enim creditor, ſi omnino rem non venderet, eo modo rem ſuam domino retineret; ita ſi certa lege vendiderit, qua eveniente emptio reſcinderetur, ea lege ipſa debitori recte retinebit.

XIV. Sed etſi nihil convenerit, ut rem pecunia oblata, quæ depenſa eſt, recipere liceret, quidam ſunt, quibus a debitore recte pecunia offertur, quamvis rem emptionis titulo a creditore poſſideant. Hi autem ſunt, fideiuſſor debitoris, qui nomine illius conventus officio iudicis conſecutus eſt, ut emptionis titulo prædium creditori pignori datum ſuſciperet, item ſecundus creditor cui eadem res obligata erat, qui a priore emit. *L. cum ſecundus, §. ult. hoc tit.* Fideiuſſor, quia non tam a volente creditore ipſe volens rem emptionis titulo habet, quam neceſſitate iuris & officii, quo debitori mandati iudicio tenetur, a creditore, qui cogebatur transferre, eam ſuſcepit, quæ neceſſitas in utroque, emptioni, quæ conſenſu perficitur, contraria eſt. *L. 2. hoc tit.* Secundus creditor, quia a priore creditore pignus liberans, non tam acquirendi dominii quam ſervandi pignoris ſui cauſſa pecuniam dediſſe intelligitur. *L. cum poſterior, eod.* Ita quid iſti egerint, ex genere, & qualitate perſonæ coniectura ducitur quod ſcilicet iſti non tanquam quilibet e multis, ſed ille quidem tanquam fideiuſſor, hic tanquam creditor ſecundus emerint. Quid in emptorem creditor transferat, pignus diſtrahendo, diximus. Id quod ad ius creditoris in pignore intelligi, prope ſatis eſt.

XV. Sed quoniam in hoc negotio diſtractionis non ſolus emptor verſatur, ſed etiam venditor, id eſt creditor, iſque aliquid præſtare debet, & præterea, quod ex venditione percipitur, ad pecuniam conſequendam, quæ debetur, eoque etiam ad debitorem liberandum pertinet; ut quid in hac emptione iuris ſit, intelligi poſſit, quæritur ſive res nondum tradita emptori ſit, ſive ea ſit aliena, quatenus creditor ex ea cauſſa emptori teneatur, tertio loco re diſtracta, an debitor ea re liberetur. Quid creditor pignore diſtracto emptori præſtare debeat, quæſtio in conventione, & eo quod actum fuit, poſita eſt. Refert enim, an rem tanquam ſuam creditor vendiderit, an iure pignoris, ſive quod idem eſt, iure creditoris tanquam ſibi oppigneratam. Si tanquam ſuam vendidit; quod reliqui venditores emptoribus actione ex empto præſtare debent, idem in hac ſpecie creditor præſtabit, puta evictionem, ſi res aliena erit, & quæ eius actionis natura continentur. *L. ex empto, D. de acti. empt.* Si iure creditoris vendidit, lex venditioni dicta eſt, ut quoniam ius ſuum vendit creditor, nihil amplius, quam ius pignoris, quod habet cedere debeat. Hoc igitur ſaltem præſtare debebit, rem ſibi oppigneratam eſſe, & hypothecariam

cariam cedere, rem etiam tradere, ſi poſſidet. Quod ſi forte res aliena erit: ipſe quidem ſi ex alia cauſſa de ea re quæſtionem moveat, audiendus non eſt. Ut enim cætera non præſtet, bonam fidem certe præſtare debet. Verum ſi res ab alio evicta ſit, emptor ob evictionem rei ad venditorem redire non poterit, ne de pretio quidem. *L. pen. L. etſi is h. tit. L. ex empto, §. ſententiam, D. de act. emp.*

XVI. Quicquid autem ad creditorem ex ea re pervenerit, id debitori ad liberationem proficiet. Hoc enim erat tertium, de quo quærebamus. Etiamne ſi res aliena ſit, quæret aliquis, eaque, quæ ab emptore iam evicta ſit? Nam hoc caſu etſi pretium manebit penes creditorem, de quo ob evictionem conveniri non poteſt, ſi res iure creditoris vendita ſit: tamen verum eſt, eam pecuniam neque a debitore ſolutam, neque ex re eius ad creditorem profectam. Et dicendum eſt, quod Triphoninus definit. *L. reſcriptum. §. 1. h. tit.* Quicquid occaſione pignoris redactum eſt, quodcunque id eſt, æquius eſſe debitori proficere, quam creditoris lucro cedere: credo, quia id a debitore profectum videri debeat, a quo etiam acquirendi cauſſa nata eſt: ut hoc modo debitor, qui ex re aliena liberatus eſt, vel domino rei, nondum re evicta, vel emptori poſt evictionem teneatur, quaſi ad quem alienæ rei pretium pervenerit. Sed quantum inde pervenerit ad creditorem, eatenus inquam, debitor liberabitur. Quod ſi quid minus creditor conſecutus eſt quam debebatur, ſive quod pignus idoneum non eſſet, ſive quod res aliena data eſſet, quæ ea lege vendita eſt, ut ea evicta pretium emptori reſtitueretur, dicemus debitorem diſtractione pignoris non liberari. *L. quæſitum, § ulti. L. reſcriptum,* in fin. *h. tit.* Quin etiam ſi pignus idoneum, nec alienum venditum ſit, creditor tamen pretium ab emptore ſervare non poſſit; bene Paulus exiſtimavit debitorem manere obligatum, ſi modo nulla culpa creditori imputari poſſet; idque ſuperioribus conſequens eſt. *d. L. quæſitum, h. tit.* Et generaliter recte definietur pignore diſtracto, quod ad creditorem inde pervenerit, aut per eum factum ſit, quo minus perveniret, eatenus debitorem liberari.

CAP.

C A P. XI.

De iure Dominii impetrando, & pactis pignorum.

Creditor nec rei pignoratæ fructus lucrari, nec ipſe per ſe pignus in ſolutum retinere poteſt iure dominii. I.
Sed hoc a Principe impetrandum; & quæ in eo forma ſervanda. II.
Immo nec pactio ut id creditori liceat, iniri poteſt initio contractus; & quare. III.
Secus ſi de eo convenerit poſt pignus acceptum. IV.
Poteſt nihilominus ab initio paciſci debitor ut liceat creditori pecunia ad diem non ſoluta habere emptum pignus iuſto pretio. V.
An poſſit iniri pactio ut creditor pignoris fructus lucretur. VI.
Pignus non extinguit aut imminuit obligationem; quid ex eo conſequens. VII.

I. CUM ſit ius illud tantum duplex in pignore, quod diximus, vel ut poſſidendo pignus, vel ut diſtrahendo, ex ea re id poſſit conſequi, quod ſibi debetur apparet neque fructus lucrari eum rei pignoratæ, quandiu poſſidet, neque in poteſtate eius eſſe rem dominii iure pro pecunia debita retinere, diſtrahere enim iubetur & alienare. De quo extat Diocletiani & Maximiani reſcriptum ſub *tit. de bo. autho. iud. poſſ.* in hæc verba: *Pro debito creditores addici ſibi bona debitoris ſui non iure poſtulant.* Ac paulo poſt. *Si ſpecialiter, vel generaliter nemini probentur res obligatæ, ac ſine ſucceſſore debitor, vel hæres eius deceſſit, non dominii rerum vindicatione, ſed bonorum poſſeſſione itemque venditione, æquali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus conſuli æquum eſt.* Item aliud eorundem Imperatorum haud paulo planius ſub titulo de *diſtract. pignorum*. Quo oſtenditur, creditorem nec per ſe pignus tanquam ſibi emptum adiicere poſſe, nec ſub imagine alterius perſonæ emptum retinere, quin ea fraude detecta debitor pecunia oblata quandoque rem ſuam poſſit recuperare. Reſcripti initium eſt; *Et qui ſub imagine.* Sane in cauſſa iudicati, quia res non a creditore, ſed per officium eius, qui ita decrevit, venditur, ſi emptor alius non exiſtat; aut exiſtat quidem, ſed non iuſtum pretium offerat, creditor ad licitationem ex conſtitutionibus admittitur, & cuiuslibet alterius exemplo emere poteſt & merito; quia iſto modo non a ſe, ſed officio iudicis, qui diſtractioni præeſt, res emitur. *L. 2. C. ſi in cauſſ. iudic.*

II. Quid ergo ſi in pignore conventionali, cum res eſſet a creditore venum expoſita, ea emptorem non reperiat? Hic rebus omnibus aliis, & remediis deſtituto creditori ſubſidio conceſſum eſt, rem dominii iure poſſidere. Sed hoc a principe impetratur. Cui rei impetrandæ certa forma & tempus præſcriptum eſt Iuſtiniani conſtitutione, quæ extat ſub titulo, *de iure dominii impetrando*. Cuius fere hæc ſumma eſt: Dominii ius ante biennium, quam debitori denuntiatum eſt, ut ſolveret, impetrari a principe non poſſe. Sed & eo tranſacto prius neceſſe eſſe, rem venum exponat debitor; ſi diſtrahere poſſit, diſtrahi debere. Si nemo emat, tum ad dominium impetrandum progredi poſſe, ſi modo ante debitor admonitus ſit, ut ſolvat, neque fecerit. Quæ cum præceſſerint, iam a principe impetrari poſſe, ut rem poſſidere liceat; quo impetrato, rem ita fieri creditoris, ut tamen intra biennium, quam reſcriptum principis de ea re impetratum eſt, debitor rem ſuam recipere poſſit, ſi pecunia quæcunque debetur, & quod creditoris intereſt, quod citius non ſolverit, & ſumptus qui in dominio impetrando facti ſunt, offerantur. Poſt id exactum tempus rem pleno iure effici creditoris, hac lege, ut ſi pluris res valeat, quam debetur, id præſtandum ſit debitori; ſi minoris, id quoque creditor a debitore conſequatur.

III. Quod cum conſtet, neque creditorem fructus rei pignoratæ lucrari, neque rem ipſam dominii iure inſolutum retinere poſſe; videmus, nihilne ad hæc adiicere poſſit, atque in his mutare debitoris conventio, qui tempeſtivus videtur de pactis pignorum quærendi locus. Ac de re ipſa ſciendum eſt, adeo creditori pignoris iure nihil, niſi rem ex commodo utriuſque vendere licere, ut ne illa

Digitized by Google

quidem pactio ſervanda ſit, ſi ab initio convenerit, ut ſi intra ſtatutum tempus pecunia ſoluta non ſit, creditor pignus in ſolutum, aut in partem pecuniæ ſibi habeat. Hæc eſt enim illa pactio, quæ lex commiſſoria in pignoribus appellatur, quæ nominatim lege Conſtantini improbatur. *L. ult. C. de pac. pig.* Sic dicta ad ſimilitudinem legis commiſſoriæ in venditionibus, qua id agitur, ut ſi ad diem pecunia ſoluta non erit, fundus ſit inemptus. *L. 2. de leg. commiſ.* Ut enim illa efficitur, ut pecunia ad diem non ſoluta, ſtatim dominium rei emptæ emptoris eſſe deſinat, pœnæ loco, & venditoris eſſe incipiat; ſic iſta de pignoribus lege id agitur, ut pecunia creditori non ſoluta, dominium rei debitoris eſſe deſinat, & continuo creditori pœnæ cuiuſdam cauſſa committatur. Verbi ratio, ex commiſſis in vectigalibus ducta videtur. Fraudati vectigalis pœna eſt, ut res, quas mercator profeſſus non eſt, & quarum nomine vectigal pendere debebat, ipſo iure fiſco vindicentur. Hoc fiſco committi dicimus, quaſi dicas, tradi & addici fiſco ob commiſſum. Et commiſſa, quæcunque in ea cauſſa ſunt, ut ob delictum ſtatim deſinant eſſe eius, qui crimen admiſit, dominiumque rei fiſco vindicetur. *L. ſi fraudati, L. commiſſa, L. interdum, tota D. de publician.* Inde quacunque pactione id agitur, ut ſi quid contra, quam cautum eſt, factum erit, dominium rei ab eo, qui contra fecit, recedat, & paciſcenti committatur, id eſt, pœnæ cauſſa, & ob admiſſum vindicetur; lex, ſive pactio commiſſoria appellatur qua lege res in commiſſum recidit, fraudato fiſco. Hæc autem lex ideo in pignoribus infirmata eſt, ut captionibus creditorum occurreretur, ne per occaſionem res debitorum pro pecunia puſilla ad ſe avocarent. Quod facile futurum erat, si hæc lex reciperetur. Nam creditores cupiditate ducti rei acquirendæ, ſemper hanc legem adiecerint; debitores autem pecuniæ accipiendæ neceſſitate diſtricti neque hanc, neque aliam quamlibet legem recuſent, ut pecuniam, qua indigent, accipiant, dum ſperant ſe pignus poſſe intra præſtitutum tempus luere.

IV. Quod tamen pignoris lege ab initio effici non poteſt, nihil prohibet quo minus re iam contracta mutua voluntate efficiatur: ut res obligata, vel certo pretio empta, vel in ſolutum maneat ad creditorem. *L. cum Titius, D. de pig. acti. L. cum dominam, C. de pignor.* Nulla enim nunc neceſſitate pecuniæ accipiendæ debitor premitur, qui pecuniam iam habeat, qua utatur, & poteſt creditori, si velit, in ſolutum non dare.

V. Sed nec illa pactio improbanda eſt, si ab initio ita convenerit, ut si intra certum tempus pecunia ſoluta non sit: creditor rem emptam habeat, non ea quantitate, quæ debetur, ſed iuſto pretio tunc æſtimandam. Quin venditio ſub conditione contracta intelligitur, & ea conditione, quæ rem non pro ea pecunia, quæ debetur, debitori auferat, ut lex commiſſoria facit, ſed iuſto pretio. Valebit igitur eo modo, quo cæteræ omnes ſub conditione contractæ. *L. ſi fundus, §. ulti. h. tit.* Nisi forte quis putet, ideo huiuſmodi venditionem non valere, quia pretium generaliter alieno arbitrio permiſſum eſt, quod nihilo rectius fit, quam cum merces in locatione generaliter in alienum arbitrium confertur, quia incerta eſt. *L. ſi merces, D. locati.* Sed hoc movere nos non debet; illa enim verba, *iuſto pretio*, faciunt, ut res in arbitrium boni viri collata eſſe intelligatur. Iuſtum enim eſt, quod vir bonus arbitraturus eſt, nec poteſt bonus vir nisi quod iuſtum sit, arbitrari. Porro arbitrium boni viri nec incertum, nec indefinitum eſt. *L. 1. de legat.* 2. Certum eſt enim tanti illum, quiſquis eſt, æſtimaturum, quanti fundus peritis æſtimatoribus earum rerum valeat. Ex quo efficitur hanc venditionem non sic alieno arbitrio eſse permiſſam, ut incerta sit.

VI. Nunc de fructibus rei videndum, an si quid tale convenerit, ut creditor eos lucretur, rata habenda sit conventio. Sed non dubium eſt, unicuique licere tantum de ſuo alteri concedere, quantum velit, modo ne quid in fraudem legis faciat. Conſtat igitur, (*) *ἀντίχρησιν id eſt mutuam rei uſum pro pecunia credita tribui poſſe;* ſed hactenus, ut ad modum uſque legitimum uſurarum fructus percipiat creditor, ne quid in fraudem uſurarum fiat. *L. ſi is qui, §. 1. L. 1. §. pacto, D. de pign.*

VII. His de iure creditoris conſtitutis, quid ille de pignore poſſit ſtatuere, si velit, nemini incertum erit. Sed cum animadvertet ſic pignus a debitore dari, ut habeat creditor, unde illi pro debito ſatisfiat,

(*) Quod de ἀντιχρήσει hic ab auctore dictum, attemperatum eſt ad rationem iuris Civilis; quod eſt hac parte a Iure Canonico emendatum. *Cap. 1. & per totum Extr. de uſur.* vide Gonzal. *in Comment. Cap. 6. Extr. de pignor. n. 13. ibique laudatos.*

Digitized by Google

tisfiat, dubitabit fortaſse, num creditor, quaſi eo accipiendo pro debito contentus ſuerit, amplius requirere nihil debeat, nec poſſit debitorem amplius appellare. Quid enim, ſi pignus diſtractum idoneum repertum non ſit? Quid ſi debitor dicat ſe creditori pignoribus cedere? Et ut non ſit hoc poſtulandum, cum pignus idoneum non eſt: ſaltem cum erit idoneum, non recte cogetur id diſtrahere, cum debitor aliunde ſolutum noluerit? Et adverſus omnes huiuſmodi dubitationes una de pignore notio generalis in promptu eſſe debet, pignus creditoris cauſsa dari, ut illi eo modo de pecunia credita caveatur, ſic cum cautionis loco detur; obligationem, quæ præceſſerit, eo modo augeri poſse, nullo modo minui, quin ſi pignore uti nolit creditor, perinde ſit, quaſi nec datum fuerit. Recte igitur dictum eſt, creditorem, qui non idoneum pignus accepit, non amittere exactionem eius debitæ quantitatis, in quam pignus non ſufficit. *L. creditor ſi cer. peta.* Multo minus debitorem liberari, ſi profiteatur ſe pignoribus creditori cedere. *L. 1. C. de pignor.* Omnium minime, si ſine culpa creditoris pignus ſublatum fuerit. *L. ſervo, C. de pignor.* Num ergo eum pignus poſſit vindicare, & diſtrahere, id facere cogendus erit? Et cum hoc illius gratia caveatur, eo utetur, ſi volet: ſin minus, non cogitur. *L. creditor C. de pig. L. quanvis, D. de pig. act.* Quod tamen de diſtrahendo pignore dixi, quomodo temperandum ſit, Ulpianus docet. *L. 6. de pignor. actio.*

C A P. XII.

Qui potiores in pignore habeantur.

Tranſitio ad plures habentes eandem hypothecam; & de iſtorum prærogativa. I.

Cum res eadem pignori data eſt pluribus, intereſt, an ſimul, an vero diverſis temporibus. II.

In priori ſpecie, concurrere omnes in hypotheca; quot modis hæc pluribus detur, & ſimul; & quid iuris in ſingulis. III.

In poſteriore obtinet regula: ut prior tempore, potior ſit iure: poſterius hoc explicatur. IV.

Hoc ius quid valeat, conſequentium inductione oſtenditur. V. VI. VII. VIII. & ſeqq.

Contrariis occurritur; & L. ſi qui 28. D. de iur. fiſc. exponitur. IX.

Prior eſſe intelligitur in hypotheca, qui & pecuniam credidit prior, & ſimul hypothecam obtinuit; quid ſi non concurrat utrumque. X. XIII.

Convenerit autem de hypotheca pure aut in diem, perinde eſſe. XI.

Si hypothecæ conventio, aut debitum viciſſim, cui illa accedit, a conditione pendeat; atque interim alii res pignori data: utri, & quæ noceat, aut proſit adiecta priori conditio. XII. XIV.

Quibus in caſibus poſterior tempore, potior ſit tamen in hypotheca. XV.

De dotis hypotheca, an hæc prioribus tempore creditoribus ſit potior, etiam expreſſam habentibus hypothecam. XVI.

I. IUs creditoris in pignore quodnam eſſet vel ad retinendum, vel ad perſequendum, vel ad diſtrahendum, unde illi ſatisfiat, ſatis diximus. Quo iure ſi nulli alii eadem res obligata fuerit, ſolus ſine controverſia utetur. Nunc ſi forte pluribus eadem res pignori data erit, ne mutuo ſe ſe impediant, dum ſinguli hypothecam ad ſe avocant, de iis ut erat propoſitum, videndum eſt: utrumne inter ſe omnes concurrant, an alii aliis præferantur, & ſint potiores: Quod ſi qui potiores ſunt; ſequitur etiam, ut quid iuris ſequentibus relinquatur, & quatenus confirmetur, cognoſcendum sit. Atque hoc demum loco, cum de omni iure creditoris expoſuiſſemus, de prærogativæ ordine tractandum fuit. Neceſſe enim erat ante illud conſtitui, ius aliquod creditoris eſſe in pignore, & id quodnam eſſet, intelligi, quam in eo iure qui quibus potiores eſſent, quæreretur.

II. Cum ergo pluribus eadem res pignori datur, refert utrum ſimul pluribus obligetur an ſeparatim diverſis temporibus.

III. Si ſimul data eſt, concurrere omnes in hypotheca certum eſt. Alius enim alium in iure pignoris non prævenit. Sed hoc non uno modo accidit. Nam aut ita datur

tur hypotheca, ut ſingulis inſolidum obligetur; aut ita, ut in partes æquas; aut ſimpliciter data eſt, nec aliud nominatim actum eſt. Si inſolidum omnibus data eſt, omnium par in eo conditio eſt, ut ſi quidem ſinguli adverſus extraneos agant, inſolidum Serviana utantur: ſi concurrant, partes concurſu faciant ut de pluribus legatariis traditum eſt, quibus ſingulis eadem res inſolidum legata fuit. Cæterum inter ipſos ſi quæſtio moveatur, poſſidentis melior erit conditio, ut ſcribit Ulpianus. *L.* 10. *D. de pignorib.* non quod hic velit diſparem eſſe conditionem eorum, ſed quod ex iure certo etiam in pari cauſſa potior eſt cauſſa poſſidentis. Sin autem id actum eſt, ut pro partibus res obligaretur, eum diviſum ſit inter creditores pignus, res expedita eſt, non plus ſingulos, quam partem dimidiam aut vindicare, aut poſſidere poſſe. *d. L.* 10. *de pignor.* Quod ſi nihil in utranque partem dictum eſt, magis eſt, ut non inſolidum, aut partibus æquis, ſed pro quantitate debiti pignus & vindicare & poſſidere poſſint: *L. ſi fundus*, §. *ſi duo D. de pig.* ut ſi fingas duobus eundem fundum pignori datum, quorum uni centum, alteri ducenta debeantur: in tres partes fundus dividetur, ex quibus duas feret, cui ducenta debentur, alter, unam, cui centum nimirum pro portione. Nam quæ ratio eſt unius ad duo, eadem eſt centum ad ducenta, nempe dupla: Atque hæc ita ſunt, ſi pariter duobus pluribusve res pignori ſit obligata.

IV. Sin ſeparatim id factum eſt diverſis temporibus, certum iure ultimo, quod & a me initio, edicto comprehenſum eſt, eum iure potiorem eſſe, qui prius hypothecam accepit. Et hoc eſt, quod dicitur, qui tempore prior eſt, iure eſſe potiorem. *L.* 2. *L.* 3. *C. eod. tit.* Merito. Nam ſi huic ab initio ita res pignori data eſt, ut ſolus in ea re ius pignoris haberet, ſequitur, ut rem eandem alii poſtea pignori dando debitor creditoris in eo conditionem deteriorem facere non poſſit non magis, quam alienando. *L. diſtractis. L. ſeq. C. de pig.* Iure potiorem ſic accipimus, iure creditoris, non ut ſequentibus res obligata non ſit, ſed ut prior creditor, ſive cum aliis agat, & hypothecam vindicet, eam auferat; ſive poſſideat, & cum eo agatur, exceptione tutus ſit: ſive rem vendat, Prætor emptorem adverſus omnes tueatur. Hoc enim ius creditoris erat in pignore, ut antea diximus. *L. creditor* in prin. *h. tit. L.* 3. *D. de diſtr. pignor.* Generaliter autem, & ſine diſtinctione ius ita conceptum eſt, eum iure potiorem eſſe, qui prius hypothecam acceperit.

V. Quibus verbis declaratur, quocunque modo pignus in perſona creditoris conſtitutum ſit, eum eſſe potiorem, qui in eo accipiendo prævenit. Quare nihil intererit, conveneritne de pignore inter debitorem & creditorem, an pignus authoritate, ac iuſſu magiſtratus occupatum fuerit, vel ex cauſſa iudicati captum: an lege res pignori eſſe cœperit. *L. ſi & iure. h. tit. L.* 2. *L.* 4. *C. eod.*

VI. Sed nec illud dubitari debebit, quin is ſecundum ſupra ſcriptam regulam, cui generaliter bona obligata ſunt, eo potior ſit, cui ſpecialiter aliquid ex iis bonis pignori datum eſt. Non minus enim generali oratione res ſingulæ obligantur: quam ſi de ſingulis ſpecialiter convenisſet. Erit potior, inquam ita, non ut illi de bonis debitoris prius ſatisfieri debeat, quam ſecundo, de quo nemo ambigit, ſed potior in illa ipſa re vindicanda, & diſtrahenda quæ ſpecialiter pignori data erat, quamvis ex cæteris rebus pecuniam ſuam redigere poſſit. *L.* 2. *h. tit.* Niſi forte primo quædam res ſpecialiter obligatæ ſunt, & præterea niſi eæ ſufficerent, in eandem cauſſam cæteræ omnes generaliter, ex quo genere deinde ſecundo creditori quædam ſpecialiter pignori datæ ſunt. Nam hoc caſu quandiu primo creditori de rebus ſpecialiter illi obligatis ſatisfieri poterit, ſecundum conventionem ipſe ſecundo creditori in cæteris non præferetur. Non quod ſecundum creditorem velimus eſſe potiorem contra regulam ſuperiorem, ſed quod deficiente conditione, ſub qua cæteræ res generaliter obligatæ erant, iam non illi, ut quis dicat alium illo dici potiorem, ſed ſoli ſecundo obligatæ intelligantur. Nam etſi ſecundus creditor nullus eſſet, tamen ſi ſecundum conventionem priorem ex rebus ſpecialiter obligatis ei ſatisfieri poſſet, cæteras res generaliter obligatas vindicare non poſſet. *d. L. h. tit. L.* 2. *C. de pig.*

VII. Neque vero is, cui generaliter bona obligata ſunt, præferetur ei tantum, cui poſtea aliquid ex iis rebus ſpecialiter pignori datum eſt, ſed etiam ei cui poſtea eodem modo bona generaliter obligata ſunt, in iis quoque rebus, quæ poſt utranque obligationem quæſitæ ſunt. *L. ult.* in prin. *hic*. Quod tamen ſecus videri potuit, propterea, quod qui duobus quanvis diverſis temporibus bona ſua, quæ habiturus eſt, obligat, una, eademque conditione ambobus obligat, ſi quid illi acquiretur. Cum ergo poſt utranque obliga-

gatio-

gationem aliquid illi quæſitum fuerit, eodem tempore in utriuſque perſona pignoris conditio extitit, & ex eodem tempore utrique res obligari videtur. Ex quo efficitur, ut in hypotheca concurrere debeant, non autem alter alteri anteponi. Sed quod eodem tempore conditio extitit, nihil ad rem pertinet. Si ſeparatim res obligatæ ſunt, quamvis eadem conditione, dicemus eum qui cum prius convenit, ſecundo eſſe potiorem, quia cum conditio extitit, perinde haberi debeat, ac ſi eo tempore, quo ſtipulatio interpoſita eſt, ſine conditione facta eſſet. *L. prior hoc tit.* Ex quibus intelligi debet, quod a Marcello ita ſcriptum eſt: *L. itemque §. ultim.* hoc titu. *Si tibi quæ habiturus ſum, obligaverim, & Titio ſpecialiter fundum, ſi in dominium meum pervenerit, mox dominium eius acquiſiero, concurrere utrunque in pignore*, de duobus accipiendum eſſe, quibus eodem tempore ita res ſuas debitor obligarit. Nec quiſquam putet, nullam hoc dubitationem habere, quod dicamus eos hoc caſu inter ſe concurrere, cum eodem tempore, & eadem conditione debitoris res obligatæ eſſent. Hoc erat, quod in ſpecie propoſita dubitationem faciebat, quod in bonis debitoris, quæ tibi obligata ſunt, illa ipſa pecunia erat, unde prædium Titio obligatum poſtea emptum eſt. Hoc igitur eſt, quod quæri potuit, videaturne prædium, quod ex pecunia ſoli tibi obligata emptum eſt, eius pecuniæ cauſſam ſequi. Et Marcellus huic dubitationi occurrens ait, non multum facere, quod de ſuo nummos debitor dediſſet, quippe cum res ex nummis pignoratis empta non ſit pignori ob hoc ſolum, quod pecunia obligata erat.

VIII. Ut nihil refert, quod genus pignoris prius acceptum ſit, ut qui prævenit, poſterioribus præferatur, ita qui ſint, qui poſteriores contraxerunt, nihil retulerit, ſed generaliter iure potior erit, qui prior tempore fuerit. Ita etiam fiſco præferetur, qui prius cum debitore fiſci contraxerit, quamvis privatus. *L. ſi pignus, hoc tit.* Et quo modo privatus, cui generaliter omnia bona obligata ſunt, omnibus aliis ſequentibus potior eſt, non tantum in iis rebus, quas tempore prioris obligationis contractæ debitor habuit, ſed etiam in iis quas poſt priorem obligationem acquiſivit, ita etiam fiſco in eadem cauſſa præferetur, ut diſerte a Scævola ſcriptum eſt in *L. ul.* in princ. *hoc tit.* Nam illud extra controverſiam erat, privatum fiſco præferri in iis, quæ debitori quæſita erant, ante quam cum fiſco contraheretur. Quæ autem poſtea acquiſita eſſent, quam cum fiſco contractum eſt, dubitari potuit, an quia fiſcus ante veniſſet, quam ea privato obligata eſſent, utpote nondum debitori quæſita idcirco ei anteponi deberet. Nunc autem hanc dubitationem ſuſtulit Scævola, aperte definiens privatum, cui generaliter bona futura obligata ſunt, in iis omnibus, quæ poſtea acquiſita eſſent, fiſco eſſe potiorem, & addidit nominatim, ne quis dubitationi eſſet locus, præferendum, donec debitum ſuum univerſum eſſet conſequutus.

IX. Ergo iam contrarium eſſe quidam putabunt, quod in *L. 28. D. de iure fiſci*, Ulpianus ita ſcribit: *Si qui mihi obligaverat, quæ haberet, habiturusve eſſet, cum fiſco contraxerit, ſciendum eſt in re poſtea quæſita fiſcum potiorem eſſe debere Papinianum reſpondiſſe. Quod & conſtitutum eſt, Prævenit enim cauſſam pignoris fiſcus.* Nimirum illa verba, *cum fiſco contraxerit*, ſic accipiunt, cum fiſco contraxerit poſtea, quam mihi obligaverat, quæ haberet, eſſetve habiturus. Unde ad illam diſtinctionem confugerunt, ut ſi quidem bona debitori quæſita eſſent poſt priorem obligationem, veruntamen ante, quam cum fiſco contraheretur, in iis prior creditor fiſco præferatur ex Scævolæ ſententia. Sin quid poſtea acquiſitum ſit, quam cum fiſco contractum eſt, in eo fiſcus quanvis poſtea contraxerit, potior ſit, quia in eo acquiſitionem eius prævenit, & ideo etiam pignoris cauſſam. Quæ diſtinctio aperte ſuperiore illo reſponſo Scævolæ refellitur, qui primum creditorem in omnibus, quæ poſtea quæſita ſunt, præferri ait, donec univerſum debitum ſuum conſequatur. Niſi forte putamus in exemplo Scævolæ Seiam creditricem priorem fiſco præferri propter favorem cauſſæ, ex qua pecunia debebatur, quia ex tutela Titius debitor ei condemnatus erat. At neque iam pecunia illa debebatur ex cauſſa tutelæ, ſed iudicati, nec ſi in ea cauſſa ullus eſſet favor, ideo pignus illi conſtitueretur, ubi ſua conventione nullum haberet. Poſtremo cur Seia præferatur fiſco, non in eo cauſſam Scævola eſſe vult, quod pecunia ex illa cauſſa deberetur, ſedquia prius hypothecam accepiſſet, in quam deinde, novatione facta, conventione ſucceſſiſſet. Sed profecto nihil hic contrarium eſt. Nam in reſponſo Ulpiani verbum illud, *contraxerit* non futuri temporis eſt, ſed præteriti, ut ſit ſenſus. Si qui mihi obligaverat quæ haberet, habiturusve eſſet, cum

fiſco

fiſco contraxerit, id eſt, iam ante contraxerit, quam mihi obligaret, quæ habebat, hoc caſu Ulpianus id confirmat, quod de privato ante diximus, ut ſi fiſco bona omnia generaliter obligari cœperint, is omnibus ſequentibus præferatur, quibus omnia bona eodem modo obligata ſunt, etiam in iis rebus, quæ poſtea quæſitæ ſunt, quia fiſcus pignoris cauſſam prævenit, tametſi privatus rerum acquiſitionem præverterit. In quo Ulpianus iure privati fiſcum uti oſtendit. Cur ita accipi illud verbum debeat, & ratio Iuriſconſulti, qua utitur, manifeſte declarat, & illud in primis, quod de hac ſententia conſtitutum eſſe dicit. Ratio hæc eſt. Prævenit enim cauſſam pignoris fiſcus. Prævenire cauſſam pignoris nihil aliud eſt, niſi prius cauſſam pignoris occupaſſe, ut in illo accipiendo tempore prior eſſes. *L. 2. C. qui pot. in pign. hab.* Quod ſi fingeremus poſtea debitorem cum fiſco contraxiſſe, illud dicere poſſemus fortaſſe, utrunque in pignore concurrere, quia ex eadem conditione utrique res futuræ obligatæ eſſent tam primo creditori, quam fiſco; illud nequaquam dicere, niſi abſurde poſſemus, fiſcum prævenire primum creditorem, cum illi multo ante bona illa generaliter eſſent obligata. Quod autem conſtitutum id eſſe ait, conſtat hoc ius reſcripto Antonini de fiſco conſtitutum eſſe, ut præferatur in ea cauſſa, cum prius debitor cum ipſo fiſco contraxit, eadem illa ratione, qua Papinianus utitur, quia fiſcus prævenit pignoris cauſſam. Extat reſcriptum, *L. 1. C. de privileg. fiſci:* ut appareat vel illam eſſe conſtitutionem, qua intelligit Ulpianus id eſſe conſtitutum, vel ei iuri, & rationi tunc ſolum locum eſſe, cum fiſcus ante contraxit. Sed ſi fiſcum ſolum præferri dicemus ſecundo creditori, cum prius cum illo contractum eſt, quæ tandem potuit afferri dubitandi cauſſa, cur non deberet, cum eſſet prior? Eadem quæ in privato. Nam cum & fiſco generaliter bona debitoris pignori obligata ſunt, & ſecundo creditori manifeſta conventione, id eſt, ambobus eadem conditione, ſi quæ poſtea quæſita eſſent debitori, dubitari potuit, an ſi quid poſt utranque obligationem quæſitum eſſet, fiſcus & privatus in eodem concurrere deberent, an alter alteri præferri. Et quidem multo iuſtius in fiſco, cui tacite bona debitoris obligantur, non manifeſta aliqua conventione. Et quemadmodum in privato, ſic in fiſco, cum quo prius contractum eſt. Ulpianus oſtendit fiſcum præferri, non concurrere. Ideo quia prævenit hoc quoque caſu pignoris cauſſam. Cur ergo ait præferri fiſcum in re poſtea quæſita, cum hoc ſenſu in omnibus aliis iam quæſitis, & quidem multo magis præferatur niſi quod hoc oſtendere voluit fiſcum in re tantum poſtea quæſita eſſe potiorem, in cæteris quæ ante contractum eius acquiſitæ ſunt, non eſſe ideo, quia fingere debemus, alium creditorem prius contraxiſſe, & ob id eum præferendum in rebus antea acquiſitis? Nullum vero hoc argumentum eſt cum privato prius contractum eſſe. Ideo enim de re poſtea quæſita tantum dicit Ulpianus, etiam tum, cum prius fiſcus contraxit, quia de ea, quæ poſt utramque obligationem quæſita eſt, ſola erat dubitatio, cum eius acquiſitionem ſecundus creditor antevertiſſet, atque ita videri poſſet ipſe quoque quanvis poſterior, pignoris cauſſam in ea re prævenire.

X. Solum ergo hoc iam relinquitur, videamus quis prior hypothecam acceperit. Et ſi in hypotheca, omnique pignore, quod conſenſu contrahitur, præterquam, quod rem in bonis debitoris eſſe neceſſe eſt, etiam illa concurrere debent, ut & de pignore convenerit, & ei pignus datum ſit, qui pecuniam crediderit, cui quid debeatur. (Nam ſine principali obligatione, cui pignus accedat, pignus nullum eſt) dicendum eſt, eum, quem potiorem eſſe, volumus, non ſolum hæc facere debuiſſe aliquando, ut hypothecam habeat: ſed etiam neceſſe eſſe, ut prius utrunque fecerit, ut potior ſit iis, quibus eadem res pignori data eſt Hoc enim exigimus, ut prius hypothecam acceperit, & in ea accipienda, quibus modis accipitur, cæteros prævenerit: Quid ergo, ſi primus creditor, qui ſine hypotheca credidit, aliquanto poſt hypothecam quidem accepit, ſed poſt ſecundum, qui utrunque fecit? Dicemus hunc in hypotheca eſſe poſteriorem quia hypothecam poſtea conventione acceperit. *L. creditor, §. ſi primus, h. tit.*

XI. Satis eſt autem de hypotheca ante conveniſſe vel pure, vel in diem, ut ſequentibus, quibus eadem res ante diem forte obligata eſt, potior ſit. Obligationis enim in diem conceptæ dies ſtatim cedit. *d. L. creditor, §. ſi primus, L. qui balneum. hic.*

XII. Unde num idem probandum ſit, ſi ante de hypotheca convenerit ſub conditione, & pendente conditione eadem res alii pignori data ſit, ac deinde poſtea conditio extiterit, dubitari poteſt. Et ſi quidem ea conditio fuit hypothecæ, quæ niſi volen-

volente debitore impleri non poſſet, dicemus non tempus obligationis contractæ eſſe ſpectandum, ſed id, quo conditio extitit, quod cum poſtea factum ſit, poſterior creditor in hypotheca prior, & ideo etiam potior erit. Cuius rei exemplum hoc eſt apud Caium expoſitum, in *L. potior*, §. *ſi colonus*, h. tit. *Colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori eſſent*, in quo ineſt conditio, ſi inducantur, ſi naſcantur. *Ante quam inducat, alii rem hypothecæ nomine obligavit, tunc deinde eam in fundum induxit, potior erit*, inquit, *qui ſpecialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, ſed eo, quod inducta res eſt, quod poſterius factum eſt* & quidem voluntare eius: quoniam niſi vellet, neque induceretur quicquam, neque naſceretur. Quod ſi ea fuit conditio, quæ invito etiam debitore exiſtere poſſet: utemur in hac re Africani & Caii regula, ut quoniam iam a principio in ea cauſſa res eſſe cœpit, ut volente debitore ius pignoris in ea re vitari non poſſet, potior ſit prioris cauſſa: ſcilicet ut cum ſemel conditio extitit, perinde habeatur, ac ſi illo tempore, quo pactio interpoſita eſt, ſub conditione facta eſſet. *L. qui balneum, L. potior, D. hoc tit.*

XIII. Quid ſi e converſo prius convenerit: ut res alicui pignori eſſent, quo tempore nondum pecuniam crediderat, quam poſt ſecundum creditorem, qui hypothecam accepit, credidit? Conſequens eſt, hunc quoque ſecundo eſſe poſteriorem, quia non ante res illi pignori eſſe incipiat, quam cœperit ei pecunia deberi. *d. L. potior, hoc tit.*

XIV. Hinc de eo quæſitum eſt, cui quid ſub conditione debetur, non quod pignus ſi quod ei datum ſit ante, quam conditio extiterit, illi teneatur. Initio enim effectum eſt non teneri. Sed hoc quæritur, ſi conditio exiſtat, utrum nunc primum creditor eſſe incipiat, an vero iam ante a principio contractæ obligationis fuiſſe intelligatur. Quorſum id? Quia ſi ante quoque creditor fuit, & illi pignus datum eſt, quanvis pendente conditione alii eadem res pignori poſtea data ſit: is tamen potior erit, cui ſub conditione debebatur. Si non fuit creditor, is erit potior, qui prius, quam exiſteret conditio, pecuniam credidit, & in eam cauſſam pignus accepit. Et eſt in hac re illa diſtinctio a Iureconſultis magno conſenſu uſurpata, & tradita, quod facile varia eorum reſponſa, quæ in hac quæſtione verſantur, his titulis, declarant, quam eandem paulo ante in eo, qui hypothecam ſub conditione accepit, tenendam eſſe diximus; ut si cautione interpoſita in ea cauſſa debitor eſſe cœpit: ut obligationem ſua voluntate depellere non poſſet, quæ ex eventu penderet, conditione eveniente, non nunc demum obligari intelligatur, ſed retro ex eo tempore, quo res primum ſub conditione contracta eſt. Sin ea conditio fuit, quæ invito debitore impleri non poſſet; ut fuerit in poteſtate eius, obligationem ſuſcipere, aut non ſuſcipere; ibi ex eo tempore & principalis obligatio, & pignoris contracta videatur, ex quo debitoris voluntate conditio impleta eſt. Utrunque optima ratione. Eſt enim obligatio iuris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur. Vere igitur dicetur eum iam principio fuiſſe obligatum, cui iam inde liberum non fuit a contractu recedere; nec efficere ullo modo, quin teneretur. Contraque in quo hæc neceſſitas non eſt, perſpicuum eſt ex eadem definitione hunc non obligari; ut de eo reſponſum eſt, qui pecuniam accepturus, eam ſe redditurum promisit, cum accepiſſet, & iam tum pignus in eam deſtinavit. *L. qui balneum, L. potior, hoc tit. L. Titius, D. quæ res pig ob. poſſ.* Prioris autem generis cum alia multa exempla ſunt, tum illud præcipue notandum eſt: quod apud Papinianum hic extat. *L. 1. Qui dotem*, inquit, *pro muliere promiſit, pignus, ſive hypothecam de reſtituenda ſibi dote accepit. Subſecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit, mox reſiduæ quantitatis numeratio impleta eſt.* Quæſitum eſt de pignore. In hac hypotheſi priuſquam longius progredimur, duo obſervanda ſunt, quibus obſervatis nihil negotii erit, quale sit, quod Papinianus reſpondet, & cur ita reſpondeat, iudicare. Primum eſt, maritum in ſpecie propoſita dote sibi a ſocero conſtituta dotis debitorem fuiſſe, ſed debuiſse ſub conditione. Fuit enim hæc obligatio; ut ſoluto matrimonio dotem hanc redderet, cum accepiſset. In quo ineſt hæc conditio, si modo accepiſset, si ei enumerata eſſet. Nam ita reddere debet, si acceperit. Alterum obſervandum eſt, pendente adhuc ea conditione, maritum eandem rem pignori alii dediſſe, quo tempore ſcilicet nondum dos tota marito numerata erat. Quid igitur in hac ſpecie reſpondet Papinianus? Socerum, qui dotem promiſerat, & pignus ante acceperat, ſecundo creditore, cui pendente conditione eadem res obligata erat, eſſe potiorem. Cur,

cum

eum ante ſub conditione debuerit, & fieri potuerit, ut dos non numeraretur? quia non ea fuit conditio, ſub qua maritus dotem reſtituere debuit, quæ non niſi volente illo impleri potuerit. Non enim fuit in eius poteſtate dotem non accipere, cum numeraretur, ut niſi vellet, eam reſtituere non cogeretur. Imo vero ut non offeretur, ultro tamen petere eam debuit. Eſſet hoc in poteſtate eius, ſi ipſius ſolum commodum in ea re ageretur. Nunc autem mulieris commodum in ea re verſatur, quam indotatam eſſe non convenit. Unde si quid per maritum factum sir, quo minus dotem haberet, ſemper illi quasi accepiſſet, tenebitur. Hoc significat Papinianus illis verbis; *nec dici poteſt in poteſtate eius eſſe, ne reſiduam pecuniam redderet, ut minus dotata mulier eſſe videatur*.

XV. Cum boc generaliter definiamus, qui prior eſt tempore, potiorem eſſe iure, & ratione iuris certa efficiatur, interdum tamen, qui poſterior eſt, potior habetur. Mitto eum, cui voluntate primi creditoris res pignori a debitore datur. *de quo in L. creditor*, *§. ſi tecum, h. tit.* Nam cum hoc conſenſu primi creditoris ius illius in pignore ſolvatur, ſecundus creditor non tam potior in pignore dicendus eſt, quam ſolus. Dicimus etiam primi creditoris iure perſeverante, & sine eius voluntate poſteriorem generaliter potiorem habendum eſſe, cuius pecunia factum eſt, ut ſalva eſſet pignoris cauſſa. Quo in numero ſunt, qui crediderunt, quod ad rem reficiendam aut conſervandam impenſum eſt, & id sine quo res ſalva non eſſet, *L. interdum*, *L. ſeq. h. tit.* item ii, quorum pecunia res empta eſt, quibus iiſdem, ut pignori eſſet, ſpecialiter ſtatim convenit. *L. licet. C. eod. tit.* Quod si quis quæret, quomodo fieri poſſit, ut res, quæ nondum empta eſt, aliis prius pignori detur a debitore, id tum fieri ſciat, cum res aliena ſub conditione datur, aut res fuit ipsi, qui pignus dabat, debita. Quo caſu Dominio debitori poſtea quæsito, pignus confirmatur in perſona eius, cui tum datum eſt; etsi alii poſtea detur, ille, cui prius datum eſt, potior eſt, extra quam si ſecundus ita pecuniam credidit ad eam rem emendam; ut simul de hypotheca conveniret. *L. 3. §. 1. hoc tit.* Idem dicendum eſt, si ex nummis pupilli fuerit res comparata, quanvis nihil nominatim convenerit; ut pupillo in eam cauſſam obligata eſſet; *L. Idemque h. tit.* quoniam ante diximus, quod ex nummis pupillaribus emptum eſt, id tacite pupillis pignori eſſe. *L. ſi ſervos C. de ſerv. pign. dato manumiſſo*. Ergo quod cæteros potiores eſſe dicimus, qui ad rem conſervandam crediderunt, sic intelligimus, si modo prius illis res fuerit ſpecialiter obligata, sicut antea diſſeruimus, cum quibus in cauſſis pignus tacite contrahatur, quæreremus. Nam & eum potiorem eſſe dicimus, ex cuius pecunia res empta eſt, *L. 3. §. 1. hic.* & tamen hoc sic accipimus, si quidem ei in eam cauſſam res ſpecialiter obligata ſit. *d. L. licet. C. eod. tit.* Eſt autem æquiſſimum, eum qui ad conſervandam, aut acquirendam rem credidit, priori præferri; neque enim dicet prior creditor, iniuriam ſibi fieri, quod cum tempore prior ſit poſteriori poſtponatur, quandoquidem abſque eius pecunia foret, nullum omnino pignus nunc haberet. Nunc autem eius beneficio conſequutus eſt, ut pignus haberet ſaltem poſt illum. Eodem iure in cauſſa dotis mulier habetur, quæ præterquam quod tacitam hypothecam habet in bonis mariti ad dotem recuperandam, in ea cauſſa etiam omnibus creditoribus aliis, quanvis tempore prioribus, ante fertur ex conſtitutione Iuſtiniani, in *L. ult. C. eod. titul.*

XVI. In quo magna dubitatio eſt, velitne eam Iuſtinianus omnibus præferri, etiam quibus nominatim res pignori ante mulierem datæ ſunt, an iis ſolum qui lege tacitam hypothecam privilegio habent. Nihil enim hac de re nominatim definit, ſed generaliter potiora iura eam habere contra omnes mariti creditores conſtituit in pignore, *d. L. ult.* & *§. fuerat. Inſt. de act.* quaſi velit contra omnes ſine exceptione. Sed melius eſt, & æquius eam ſententiam accipi, ut mulier omnibus creditoribus quidem aliis anterioribus præferatur, verum iis tantum, qui talem hypothecam habent, qualem mulier, id eſt, tacitam, & privilegio legis, non aliis. Nam non iniquum eſt, quod privilegium lege alicui tributum eſt, id contrario iure certis de cauſſis adimi. Illud iniuria non caret, quod ius creditor vigilando, & cavendo ſibi acquiſivit, id ei invito auferre, & cuiquam ius ſuum adimere, quod in alium transferas, cum præſertim dicere ſoleamus, ius vigilantibus ſcriptum eſſe. *L. Pupillus*, in fin. *D. quæ in fraudem credit.* Præclare vero illud in reſcripto D. Marci, quod extat in *L. 2. de iis qui ſunt ſui, vel alien. iur.* ſcriptum eſt: *dominorum poteſtatem in ſervos ſuos illiba-*

liba-

Digitized by Google

libatam eſſe oportere, nec cuiquam hominum ius ſuum detrahi. Hoc etiam mihi ex ipſa conſtitutione recte colligi videtur: Sic enim ſcribit, mulierem potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris ſint temporis privilegio vallati. Bene anterioris temporis privilegio, ut intelligamus præferri debere iis creditoribus; qui privilegio in hypotheca utuntur, id eſt, qui ius pignoris ex beneficio legis ſibi vindicant: ut fiſco; ut pupillo in tutoris bonis; ut cæteris, de quibus antea diximus. Iis autem qui aperta conventione, & diligentia ſua pignus acceperunt, non præferri, quia ii ſuo iure hypothecam habeant, non privilegio. Sed haud ſcio an hoc pene diſerte expreſſerit Iuſtinianus in *Novel. 97. de æqual. dotis. §. his conſequens*, ubi ita ſcribit: Scimus nonnullas hypothecas ex privilegiis a legibus ipſis conceſſis tempore poſteriores cum ſint, vel atiquioribus creditoribus præferri, nempe cum quis pecunia ſua effecerit: ut vel navis ematur, extruaturve, aut reficiatur, vel forte domus exædificetur, vel etiam ager comparetur, aut aliud quiddam. In omnibus enim hiſce poſteriores creditores, quorum pecuniis res vel comparatæ, vel renovatæ ſunt, potiores ſunt iis, qui vel multo antiquiores exiſtunt. Ac deinde re in quæſtionem vocata, ad extremum ſubiicit, mulierem nulli eiuſmodi privilegio cedere debere. Poſtremo in hac creditorum prærogativa illud tenendum eſt, inter plures creditores, quorum alii hypothecam ſibi ex tabulis privatis vindicant quæ Græci ἰδιόχειρα appellant, alii ex publicis, potiores eſſe eos, qui inſtrumentis publice confectis nituntur, quam qui privatis, niſi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum ſubſcriptiones eiſdem contineantur. Idque Leonis conſtitutione effectum eſt, quæ extat ſub *eod. tit. C. L. penult.*

C A P. XIII.

De Iure poſteriorum creditorum.

Poſteriores creditores habere ius pignoris, eoque adverſus alios, præterquam priores creditores uti poſſe. I.
Poſteriorum ius confirmatur prioribus remotis; & quibus ii modis removeantur. II.
Secundus creditor pignus ſibi confirmat, ſi pecuniam primo offerat; & quid ex eo conſequens. III.
Exceptio. IV.
Quomodo in locum creditoris ſuccedat extraneus. V.
Rem tribus pignoratam non uno tempore ſi tertius per hypothecariam avocavit a primo, nihil agit, niſi & adverſus ſecundum obtineat. VI.
Quid ſi ſecundus adverſus tertium obtineat, & deinde adverſus ſecundum primus; an hic iterum ſuperabitur a tertio: & quod huic incommodo remedium. IX.
Illuſtratur L. Claudius 16. *D.* qui potior in pign. vel hypoth VII.
Et vindicatur a contrariis. VIII.

I. QUis cui in pignore præferatur diximus. Reſtat, ut de iure poſteriorum creditorum, ſicuti propoſuimus, ordine cognoſcamus. Et conſtat eos nihilominus pignus habere conſtitutum; quam ob cauſſam & pignus vindicare poſſunt ab alio quovis poſſeſſore, & avocare ſuo iure. Sed tum ſcilicet nihil iuris habere intelliguntur, cum res inter ipſos, & priores creditores agitur. *L. creditor, §. ſi ſimpliciter D. qui pot. in pig.*

II. Hoc ergo nunc quærimus, quando poſteriorum ius ita confirmetur, ut nihil priores obtinent. Id quoque edicto a me paucis comprehenſum eſt; ut ſcilicet priore remoto deinceps ſequentibus locus fiat ſuo ordine. Remotum priorem creditorem ſic accipimus, quocunque modo illius obligatio, quo nomine pignus ei tenebatur, ſublata eſt, ſive ſolutione, ſive compenſatione, ſive novatione, ſive quo alio modo ſublata eſt. *L. 4 L. creditor, §. 1. D. quæ potior. in pignor.* Neceſſe eſt enim quocunque modo ille dimiſſus ſit, acceſſiones quoque liberari. Et omnino quæ de his modis dicemus, quibus pignus vel hypotheca ſolvitur, huc poterunt omnia recte transferri.

III. Atque hinc efficitur; ut in poteſtate ſit creditoris ſecundi ſibi ſua voluntate pignus confirmare, puta ſi pecuniam primo offerat. *L. quærebatur, eod. L. ul. C. de iis, qui in prior. creditor. loc. ſucceſſer.* Hae enim te non ſolum creditor, ſed etiam quivis extraneus id aſſequitur, ut pignus a quocunque liberetur; cum ſit in poteſtate cuiuſque pro debitore ſolvendo, eum etiam ignorantem & invitum liberare. De qua re proximo capite pluribus a me, ut ſuo loco, dicetur. Hic autem illud notandum eſt, ſi quid tale acciderit; ut ſecundus creditor primo ſolveret, confirmandi pignoris ſui cauſſa, non ſolum exinde rem illi in ſuum debitum teneri, ſed etiam in debitum primi creditoris, & uſuras, quas creditori priori ſolvit, quamvis invito debitore, quaſi in locum prioris ſucceſſerit. *L. creditor, §. ſciendum D. eod. L. ſecundus, C. de pign. L. ult. C. de iis, qui in prior. credi. loc. ſucces.*

IV. Superioris regulæ una eſt exceptio, ſi non is qui pecuniam creditori ſolvit; in ius eius ſucceſſerit, aut creditor ipſe novatione facta in locum ſuum. Nam qui in locum primi creditoris ſucceſſit, in ea quantitate, quam illi exſolvit, eius iure utetur, cæteriſque, quibus ille, itidem & hic præferetur. *L. 3.* in prin. *L. Claudius* verſic. *plane, D. eod. L. 2. C. de iis, qui in prior. cred. loc. ſucceſ.* Hoc amplius & quod ex ſua perſona facere non potuit, qui in prioris locum ſubſtitutus eſt ex illius perſona facere poterit, quia illius iure utatur, non ſuo. Finge tertium creditorem, qui diſtrahere pignus non potuit, quoniam id actum erat, priori ſolviſſe pecuniam ſic; ut in eius locum ſuccederet. Ex eius perſona pignus diſtrahere poſſe incipiet. *L. Ariſto, D. quæ res pig. dari poſſ.* Creditor autem in ſuum locum, ſive potius in priſtinam obligationem ſuccedere intelligitur, qui hac lege priorem obligationem novat; ut in ſequentem obligationem eadem pignora ſibi teneantur. *L. creditor, §. Papinianus. L. ul.* in prin. *hic.*

V. Sic extraneus in locum creditoris ſuccedit, non cuius pecunia ad creditorem primum pervenit, quanvis ita dederit; ut ex ea creditor dimitteretur, ſed qui nominatim hac lege dedit; ut idem pignus ſibi obligaretur, & in prioris locum ſuccederet. Neque enim ius pignoris nanciſci debet, qui ipſe de pignore nihil convenit. *d. L. Ariſto, D. quæ res pig. obli. L. 1. C. de iis, qui in loc. prior. cred. ſuc.* Eodem loco habetur, & qui a debitore, comparavit, aut ab eo pignori accepit, pecunia numerata ea lege, ut pecunia ad creditorem perveniret, & pervenit: hoc enim perinde habetur, quaſi res ab ipſo creditore empta, aut pignori accepta eſſet, cum eodem modo pecunia ad illum ex hac conventione pervenerit. *L. 3. C. de iis qui in prio. cred. loc. ſuc. L. qui a debitore. L. creditor, §. a Titio, D. hoc tit. Ad L. Claudius, D. qui pot. in pig.*

VI. Huius autem iuris rationem habemus in eo exemplo explicata, quod tractatur a Paulo ſub hoc *tit. in L. Claudius*, de quo pauca dicam, non tam quia locus, ſi ad ſuperiorem regulam referatur, difficilis ſit, quam quod vulgo quæſtio perplexa exiſtimetur. Tribus creditoribus diverſis temporibus eadem re pignori data primus adverſus tertium hypothecaria egit, ac iudicio victus eſt. Secundus an adverſus tertium agere poſſit, cum quo nihil ante actum eſt, an vero hic quoque a tertio ſuperari debeat, quæſitum eſt. Priori remoto, ſecundo locum eſſe conſtat. Sed etſi maneret primi obligatio, ordine tamen ſecundus prior, & ideo etiam potior eſt. Ita niſi quid aliud contra afferatur, quæſtio ſublata eſt.

VII. Sed hæc ſunt, quæ pro tertio dicuntur, quæ quæſtionem faciunt. Primum a tertio in hypotheca ſuperatum eſſe convenit. Secundum igitur ab eodem vinci neceſſe eſt: vel quod cum tertius primum vicerit, in locum eius ſucceſſiſſe videatur; vel quod ſi primum conditione, id eſt, exceptione expulit, multo magis debeat ſecundum, qui primo inferior eſt. Paulus ſine præiudicio prioris ſententiæ totum ius ſecundo integrum relinqui putat, eumque ſuo iure adverſus tertium poſſe experiri. Adverſus autem ea, quæ pro tertio afferuntur, ita diſputat: ut oſtendat, neque illum in ius primi ſucceſſiſſe: neque quia primum exceptione repulit, ideo ſecundum removere debere. Non ſucceſſit in ius primi creditoris tertius creditor: quia eum excludendo nihil iuris eum habere ad vindicandum potius oſtendit, & ſe ſuo iure ad excludendum uti, qui ſi in illius locum ſuccedere vellet, illum potiorem locum habere concederet, quo nunc ex perſona illius uteretur. Quod ſi faceret omnino, illum iudicio non vinceret, quod nunc fecit. Id ſignificat Paulus illis verbis, quæ in extremo ponit: *igitur nec tertius creditor ſucceſſit in eius locum, quem excluſit.* Multo minus hoc ſic recte colligitur: quia tertius primum exceptione ſummovet,

Ideo

ideo etiam præiudicio eius ſententiæ uſus, ſecundum removebit. Neque enim quod primus victus eſt, id ſecundo obſtare debet, cum ille vel negligentia ſua vinci potuerit, vel iniuria iudicis, vel exceptione aliqua propria, quæ inter primum & tertium locum haberet, puta pacti inter eos interpoſiti, aut tranſactionis, aut iurisiurandi delati, quorum nihil ad ſecundum pertineret. Aut ſi hoc admittemus, ſententiam ſecundo nocere, quæ adverſus illum dicta non eſt, conſequens erit, etiam ſecundo eam prodeſſe poſſe, ſecundum quem nullo unquam tempore lata eſt. Finge, inquit, ſecundum creditorem ſine controverſia adverſus tertium obtinuiſſe, deinde primum creditorem, qui a tertio victus fuerat adverſus ſecundum experiri. Eadem exceptione ſecundus nunc utetur. Dicet enim, ego tertium in hypotheca vici, a quo prius victus es, multo igitur magis a me vinci debes, qui tertium ipſum ſuperavi. Ita fiet, ut ſecundo huic ſententia proſit eodem argumento, quæ tamen illum nulla ratione attingit, quod abſurdum eſt: ergo & id, unde ſequitur. Denique ſic ius eſt; res inter alios iudicata aliis neque prodeſſe, neque nocere debere. Hæc Pauli ſententia eſt. Ex qua conficitur, primo creditore remoto, ſecundum adverſus tertium hypothecam vindicare poſſe, quia ille in ius primi non ſucceſſerit; ſi ſucceſſiſſet, etiam ſecundo potiorem futurum.

VIII. Erit tamen, quem illud fortaſſis moveat, quod dicitur, ſi vinco vincentem te, multo magis vinco te. Quo argumento Scævola utitur in *L. de acceſſionibus*, *§. 1. D. de diverſ. & temp. præſcr.* Sed hoc dictum nihil ad hanc rem nunc pertinet. Male namque generaliter ita concipitur, cum ſuo loco idonee maxime, & vere diceretur. Sane enim adverſus te obtinere debeo, cum eum vinco, qui te vincit, ſi hunc vincentem te, ob eam ipſam cauſſam vincam propter quam tu etiam ab illo ſuperaris. Indeque ſi iſto ſenſu accipiatur, generaliter recte definietur. Ut in hoc ipſo exemplo trium creditorum, ſi invertatur, facile intelligi poteſt. Nam ſi primus vincit ſecundum; multo magis adverſus tertium obtinebit, qui ſecundo adhuc inferior eſt: ideo, quia primus ſecundum vincit ob id quod illo prior eſt. At hæc cauſſa multo magis adverſus tertium locum habet, qui etiam ſecundo poſterior eſt. Unde recte colligitur, multo magis primo eſſe poſteriorem. Nunc autem ea ratio in ſpecie propoſita ceſſat. Tertius enim creditor ideo primum vincit, non quia illo prior eſt, ſed quia aut ille de iure ſuo non docuit, aut aliqua exceptio illum, quanvis cæteris priorem removit. Nihil horum ſecundo obiici poteſt. Unde nihil mirum eſt, ſi primus a tertio illis de cauſſis vinci potuerit, ſecundus autem iiſdem de cauſſis vinci non poſſit, quæ in eo nullæ ſunt. Et ne multa: cum de victore agitur, cauſſa vincendi ſpectanda eſt. Ea ſi in utroque victo eadem eſt, ob quam cauſſam ille unum vincit, ob eandem etiam alius recte vincetur, vel quod eadem hoc, vel quod etiam maior ratio eſt. Sin erunt cauſſæ diſpares; nullo modo ita recte colligetur, quia unus victus eſt, quia alio potior erat, etiam hunc vinci debere. Argumentum enim a comparatione maiorum ducitur, quæ comparatio in iis nulla eſt, qui cauſſis, & ratione diſiunguntur: Ex quo apparet, quam inepti ſint, qui hac notione prætermiſſa, rationem invenire conantur, quomodo dictum illud diſtinguendo ab obiectionibus variis tueantur.

IX. Ut ad rem redeam, tertius hic creditor, de quo in propoſita ſpecie agitur, qui nulla de cauſſa primum vicit, quæ cum ſecundo communis eſſet, poterit ſine præiudicio illius ſententiæ a ſecundo conveniri. Poterit ergo & ſecundus a primo, quia ut nihil debet nocere ſecundo creditori res inter alios iudicata, ita nec ei adverſus primum prodeſſe debet. Hoc modo eveniet: ut ſecundus a tertio pignus avocet, & primus a ſecundo, tertius autem deinde a primo, quem ante vicerat, & rurſus ſecundus a tertio, & deinceps per circuitum inexplicabilem res ducetur. Adverſus hoc incommodum una cautio eſt in ſecundo, ne a primo conveniatur, ſi illi pecuniam offerat. Cum autem ad primum redierit, quo minus tertio ſatisfacere debeat, conſequi non poteſt, quanvis quidam putent, illum a tertio amplius conveniri non poſſe, cum ſemel rei iudicatæ ſatisfacit hypothecam tertio reſtituendo, a qua deinde ille excidit, quod falſum eſt. Semper enim tertius hypothecam tanquam ſuam vindicabit a primo: ſi primus eam ſibi prius obligatam eſſe dicet, tertius replicatione utetur, ſi non prius inter nos iudicatum eſt, me eſſe potiorem. Si dicet ſe rei iudicatæ ſatis feciſſe, cum nunc adverſus eam facere velit, non audietur. Ipſe enim ſe refellit. *arg. L. Sed & ſi poſſeſſori*, in prin. *D. de iureiurand.*

C A P. XIV.

Quibus modis pignus, vel hypotheca ſolvitur.

Rerum continuatio & ordo. I.
Pignus liberari tribus modis: (obiter qui ſint). II.
1. *Solutione pecuniæ a quocunque facta.* III.
Non autem oblatione niſi facto teſtato & ſolemniter. IV.
Et quidem ſolutione pecuniæ totius, non partis, etiam ſi plures ſint res pignori datæ. V.
Niſi eædem fuerint in ſummas diverſas obligatæ. VI.
Item ſatisfactione; quid hæc; qua de re & quibus modis fiat; & quid a ſolutione differat. VII.
2. *Conſenſu & voluntate creditoris, modo de ea conſtet, vel per conſequentiam, & quomodo.* VIII.
Exponitur L. debitum 5. Cod. de remiſ. pign. IX.
Item coniectura voluntatis, alienatione iam ſecuta, & ea ex creditoris voluntate. X.
Aut etiam ex illius conſenſu pignore alteri dato. XIV.
Alienatum conſentiente creditore pignus, etſi ad debitorem redierit, illi non poteſt amplius reviviſcere. XI.
Creditor qui alienari pignus ſcivit, nec alienationi interceſſit, non illi videtur conſentire. XII.
Præterquam in nonnullis cauſſis, & quare in iſtis. XIII.
3. *Soluto debitoris iure; & eo neceſſaria alienatione, non voluntaria.* XV. XXI. XXII.
Ideoque nec uſucapione. XVI.
Licet præſcriptione longi temporis creditor ſummoveatur; & pignoris perſecutio fiat inutilis. XVII.
Fructus obligati prædii, etſi de iis ut pignori eſſent convenerit, poſſeſſor b. f. perceptos & conſumtos lucratur; & quare. XVIII.
Creditor utili Salviana pignus avocare ab eo poteſt qui uſucepit; & debitor rurſus a creditore pignoratitia. XIX.
Quid ſi ab uſucapione dominus illud idem a debitore repetat; an hic adverſus illum defendere poſſit. XX.

I. CUM ſit pignoris perſecutio eo uſque, donec pignus manet, id autem certis modis finiatur, hoc iam ſolum reſtat, ut quibus modis id accidat, dicendum videatur. Tres fere ſunt res quibus pignoris obligatio maxime ſuſtinetur: ſi obligatio principalis ſubſit, cuius nomine cautionis loco pignus detur; ſi creditor, cuius cauſſa id comparatum eſt, pignus eſſe velit; ſi ius aliquod ſit debitoris in ea re, quæ pignori datur, quia nemo plus iuris ex alterius perſona ſibi ſumere poſſit, quam ille habet cuius iure utitur. Totidem modis accidit, ut una aliqua ex his rebus ſublata, neceſſario pignus liberetur.

II. Igitur & liberatione debitoris pignus liberatur, & conſenſu creditoris remittitur, & iure debitoris ſoluto, creditoris quoque in eo ius evaneſcit. De ſolutione obligationis, & creditoris conſenſu, ſive pignoris remiſſione illis verbis edicti cautum eſt, quæ etiam in edicto de pignoratitia actione propoſita ſunt: *ſi pecunia omnis ſoluta erit, aut eo nomine erit ſatisfactum. L. ſi rem, §. omnis, D. de pignor. act. L. Item D. quib. mod. pign. L. ult. C. de luitio. pignor.* Solutio pecuniæ debitoris liberationem naturalem continet. Satisfactio tam eos modos, quibus debitor voluntate creditoris dimittitur, quam conſenſum de pignore remittendo complectitur. Quare ſi quod his verbis contineatur, dixerimus, quid in his duobus modis inſit, eadem opera intelligetur.

III. Solutione ergo pecuniæ pignus liberatur: & maxime. Hoc enim modo principalis obligatio naturaliter tollitur, invito etiam creditore. Idque proprie pignus luere eſt. Quo pertinet ille titulus in *C. de luitione pignoris*. Atque hinc effici iam ante diximus ut quoniam unuſquiſque pro ignorante etiam, & invito debitore ſolvere poſſit, *L. ſolvendo, de neg. geſt.* poſſit etiam hoc modo unuſquiſque pignus liberare, cum pecuniam ſolverit. Cui conſequens eſt, quod Pau-

lus

ius ſcribit eos, qui pignoris iure rem perſequuntur, a vendicatione rei removeri ſolere, ſi qualiſcunque poſſeſſor afferre debitum velit. *L. Paulus*, §. 1. *hoc tit.* Non quo quicquam iuris poſſeſſor habeat ad rem retinendam, ſed quod in hac actione de iure creditoris quæratur, quod removetur ſoluto pignore. Id autem ſolvitur pecunia exſoluta.

IV. Quid ergo ſi creditor pecuniam nolit accipere, cum offertur? An quia per eum ſtat, quo minus pecuniam accipiat, quaſi conditione impleta, pignus liberabitur? Nequaquam. Solutione enim eius, quod debetur, & præſtatione, non oblatione liberatio naſcitur. *L. qui modis, ſol. obl.* in prin. Veruntamen & in hac, & in omni alia cauſſa adverſus creditoris iniuſtam recuſationem ad liberationem debitoris una cautio eſt, ut illo recuſante pecunia teſtato oblata conſignetur, & ſolemniter deponatur in publicum aliquem locum, id eſt, in eum, in quem idoneus iudex de ea re aditus deponi iuſſerit. Quo ſubſecuto & debitor ſcilicet liberabitur, & una pignus extinguetur. *L. neque*, *L. ult. C. de pign. act. L. acceptam C. de uſur.* Hoc vero niſi fit, neque debitor ipſe, neque ſecundus creditor, primo creditori pecuniam offerendo, quo minus pignus recte diſtrahat impedire poteſt. *L.* 1. *C. qui pot. in pig. L. ſi prius*, *C. de diſt. pig. L. ult. C. debitorem vend. pignor. impedir. non poſſe*. Plane ſi debitor, aut ſecundus creditor, aut adeo quivis extraneus pignus poſſidebit, exceptio doli mali hypothecam perſequenti oberit, ſi pecunia ei a poſſeſſore offeratur, cum per eum fiat quo minus ei pecunia ſolvatur. *L. potior*, §. *ulti. qui pot. in pig. hab.* Sed etſi debitor rem ad iudicium revocet, & pignoratitia actione de pignore agat: hoc ipſo recte aget, & vincere debebit, ſi pecuniam apud iudicem offerat. Nam cum edicto prætoris actio Serviana propoſita ſit hac conditione, cum omnis pecunia ſoluta erit, ei conditioni paritum intelligitur, ſi per creditorem ſtabit quo minus impleatur. *L. ſi rem*, §. *ult. L. aliena*. §. *ſi per creditorem D. de pignor. act. L. acceptam*, *C. de uſu. L. ult. C. de luit. pign.* Eſt enim certiſſimi iuris, quoties per eum, cuius intereſt conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur: perinde haberi, ac ſi impleta conditio fuiſſet. *L. in iure*, *D. de reg. iur.* Proinde ſi debitor eius rei examinandæ cauſſa arbitrum impetrarit, quantum deberetur, & pecuniam attulerit, ſive creditor non venerit, ſive venerit, & illi pecunia oblata erit, diſtractio pignoris impedietur. *L. ſi reſiduum*, *C. de diſt. pig.* Cæterum ſi is erit, qui pignoratitia agere non poterit, aut debitor ipſe rem in iudicium non vocabit, pecuniæ oblatione nihil profecerit, ut ante diximus.

V. Sed pecuniam, quanta debetur, ſolvi oportet. Quandiu ad plenam ſolutionem aliquid deerit, pignus recte diſtrahetur. *L. quandiu*, *C. de diſtr. pign. L. ult. C. debitor. vend. pign. imp. non poſ.* Hoc eſt, quod Ulpianus edictum de pignoratitia actione interpretans ait, omnem pecuniam exolutam eſſe debere, ut naſcatur pignoratitia actio, quæ tum ſcilicet naſcitur, cum pignus fuerit liberatum. *L. ſi rem*, §. *omnis*, *D. de pign. actio*. Nec mirum videri debet, parte ſortis ſoluta pro parte naſci liberationem obligationis, ipſum vero pignus ne pro parte quidem liberari, quanvis res pignori data eiuſmodi ſit, quæ recipiat diviſionem. Res enim ipſa recipit diviſionem, at non recipit pignoris liberatio. Habet enim ex iure, & edicto prætoris liberatio pignoris hanc conditionem, ſi pecunia ſoluta ſit. Et verum eſt ſolutam non eſſe, quæ tota ſoluta non eſt. *L. cui fundus*, *D. de condit. & demon.* Quo fit, ut quanvis plures res creditor pignori acceperit, non tamen cogatur ne unam quidem dimittere, niſi accepto univerſo, quantum debetur. *L. qui pignori*, *D. de pignor.*

VI. Sane ſi in diverſas ſummas res ſeparatim obligatæ ſunt, ſingulas obligationes ius quoque pignorum ſequetur, ut una exſoluta, ea quoque pignora liberentur, quæ in eam ſummam obligata erant. *L. ult. hic*.

VII. Hæc de ſolutione. Quid ſit ſatisfacere, videamus, quandoquidem ſatisfactio pro ſolutione eſt. Satisfacere, eſt creditorem pro eo, quod a nobis petit, contentum dimittere. *L.* 1. *D. qui ſatiſd. cog. L.* 5. §. *ſatis acceptio*, *D. de verb. oblig.* Qui igitur aliud pro alio cepit, ut ab obligatione recederet, vel ſola promiſſione debitoris, aut grati animi ſignificatione contentus obligationem remiſit, huic ſatisfactum intelligitur, eoque modo pignus liberatum eſt. *L. ſi rem*, §. *omnis D. de pig. actio*. Satisfit autem creditori aut de ſorte, aut de pignore. De ſorte, quibuſcunque modis creditor debitorem dimiſſum velit, aut ipſo iure, aut per exceptionem. Ipſo iure, ut novatione voluntaria, ut acceptilatione, ut aliud pro alio accipiendo, & ſimilibus modis. *L. ſolutum*, in princ. & §. *ſolutam*, *D. de pign.*

pign. act. L. 1. §. ult. hoc tit. Per exceptionem, ut ſi paciſcatur a debitore, ſi iuſiurandum illi deſerat, & ille iuret. Ex quibus debitori naſcirur illic pacti exceptio, hic iuriſiurandi. *L. ſolvitur* in princ. & §. *ult. L. ſi deferente, eod.* Ac ne multis agam, una omnino in hac re regula tenenda eſt, quocunqne modo debitor ea obligarione liberetnr in omnibus generibus acceſſiones quoque liberari, ut fideiuſſores & pignora. *L. in omnibus, de ſolu.* Nam cum principalis cauſſa non conſiſtit, extingui ea neceſſe eſt, quæ acceſſionum locum obtinent. *L. cum principalis, D. de regul. iur. L. 1. L. 2. D. de pecu. leg.* Neque ſane retnlerit, quomodo debitor liberetur ipſo iure, an per exceptionem, cum utroque modo vi ipſa id conſequatur, ne a ſe peti poſſit. *L. nihil intereſt, de regul. iur.* De pignore autem ſatisfit creditori, cum aut alia pignora, aut fideiuſſores pro hypotheca, quæ obligata eſt, dantur, aur adeo nuda conventione ab hypotheca diſcedit. *d. L. ſi rem, §. omnis, D. de pig. act.* Sed inter ſolutionem & ſatisfactionem hoc intereſt, quod qui paratus eſt ſolvere, pignus liberat; ſatisfactionem autem puta ſatisdationem, quæ offertur, vel alia pignora pro hypotheca uemo admittere cogitur. Contentus enim quiſque non invitus, ſed volens redditur. *L. Item, §. 1. h. tit. L. quod ſi non, D. de pig. actio.*

VIII. Igitur ut qui ſecundus erat modus diſtrahendi pignoris, magis intelligatur, ſi diſtincte tradatur, ſic habendum eſt; ut pignus conſenſu ſolo contrahitur, certe quidem conrractum voluntate creditoris conſiſtit, etiam ſi vel legitimum ſit, vel prætoris authoritate occupatum; ita etiam conſenſu omne diſſolvitur, voluntateque creditoris remittitur. *L. 2. C. de remiſ. pign.* Tantnm de volnntate eius conſtare ſatis eſt. De qua ſi aperte conſtet, nulla eſt dubitario, ut qnod nominatim pactus eſt, ne amplius res hypothecæ ſit. *L. ſolvitur*, in prin. & §. 1. *hoc tit.* Verum ut aliud principaliter agatur, ſi id eiuſmodi eſt, unde conſecutione quadam intelligatur creditor de uon retinendo diutius pignore cogitaſſe, nihil amplius ad liberationem pignoris requiremus. Itaque cum proponeretur aliquando creditor debitorem ſuum donationis cauſſa de ſorte liberaſſe, conſtaret antem, donationem quibusdam modis inutilem fuiſſe, ſorte quod maritus uxori ſnæ pecuniam, quam illa ſub pignoribus debebat, donaſſet, manente etiamnum principali obligatione, pignus tameu voluntate creditoris ſolutum eſſe Papinianus reſpondit. *L. 1. §. 1. D. hoc tit.* Atqui de pignore nihil dixit creditor, neque porro propter principalis obligationis remiſſionem pignus liberabitur, quoniam illa remiſſa non eſt, quæ inutiliter remiſſa eſt. De pignore creditor nihil dixit, ac ne egit quidem principaliter. Sed qui ſortem donabat, apud ſe, hoc animo & cogitatione fuit, ut nollet rem ſibi amplius pignori eſſe, quia ſe principalem obligationem remittere putabat, qua ſublata conſequens qnoque eſſet, ut pignus liberaretur. Hanc cogitationem de pignore amplius uon retinendo ad pignoris liberarionem ſatis eſſe dicit. Non idem reſponſurus eſſet Papinianus ſi creditor pacto inutiliter debitum remiſiſſet, non ſua voluntate, ſed aut dolo inductus, aut coactus metn. Ut enim hic pecuniam remittere noluit, ita nec voluit pignoris obligationem, quæ ex illa pendebat. Itaque ur de pecunia illi pactio non obeſſet, ſic nec noceret de pignore.

IX. Hoc ſenſn recte quidam putant accipiendum eſſe reſcriptnm Gordiani ſub titulo, *de remiſſ. pign.* cuins verba hæc ſunt: *Debitum, cuius meminiſti, quod per pacti conventionem iuutiliter factam remiſiſti, etiam nunc petere non vetaris, & uſitato more pignora vindicare.* Quanquam enim reſcripto nihil diſtingultur, quomodo pacti conventio inutiliter ceſſerit, an quod metn coactus eſſet creditor, dolove circnmventus, an quod donare voluiſſet, quæ donatio inutilis fuiſſet; tamen animadvertendum eſt, neque hoc reſcripto, neque aliis omnibus generaliter ius edici, ſed ad eam ſpeciem, de qna ex facto Imperator conſultns erat, reſponderi. Iam vero non de omnibus cauſſis, in quibns debirum pactione inutiliter remitteretur, Gordianus conſultus erat, ſed de una aliqua cauſſa, in qua certo modo accidiſſet, ut pactio inutiliter fieret. Quod cum incertum ſit, quomodo acciderit, reſcriptum in eam ſententiam accipiendum eſt, ut eo caſu pactio intelligatur non valniſſe, qui reſponſo convenire poteſt. Quod ita fit, ſi is, qni de debito remittendo paciſcebatur, re ipſa non conſentiebat. Illud autem abſurdum eſt, enm, qui ſua ſponte, nec deceptus, debitorem liberare voluerit, dicere pignus remittere eadem opera noluiſſe, aut cum remittere voluerit, conſenſu non liberaſſe.

X. Cum voluntatis ſignificationem quamlibet ad liberandum pignus placeret eſſe ſatis, undecunque creditorem de eo remit-

mittendo ſenſiſſe vel per conſequentiam appareret: hinc ſpecies liberandi pignoris per interpretationem voluntatis accepta eſt, ut ſi creditor alienationi pignoris conſentiret, id eſt, permitteret debitori pignus alienare, pignus eo facto liberari intelligeretur, modo ne ſalva pignoris ſui cauſſa id faceret. *L. ſi debitor*, in pr. §. 1. *L. ſi conſenſit*, in pr. & §. 1. *L. ſicut*, §. 1. 2. 3. 4 *L. Titius*, *L. Lucius D. hoc tit.* Scilicet hinc voluntatis coniectura facta eſt quod nihil ad rem pertineret illum alienationi conſentire, ſi res nihilominus ſalva pignoris cauſſa alienaretur. Nam alioqui & ſine conſenſu eius idem aſſequi debitor poterat. Verum hic modus nonnullas cautiones habet. Sic enim hoc conſenſu creditoris pignus ſolvitur, ſi etiam alienationis effectus ſecutus ſit, idque ſecundum creditoris voluntatem. Nam aliter hoc non fit. Proinde ſi res vendita non ſit, ſive ita vendita ſit, ut aliqua ratio iuris venditionem impediret, pignus manebit. *L. ſicut*, §. *ſi voluntate*, *L.* 4. in fin. *D. hoc tit.* Plus dicimus, etſi emptio poſtea reſoluta ſit utriuſque conſenſu, pignus reſtituetur creditori. *L. voluntate*, *D. h. tit.* Unde ſi res vendita quidem proponatur; cæterum aut eam ſemper repertus ſit poſſidere debitor; aut traditam poſtea recepiſſe, cum pretium illi ſolutum non eſſet, quia utroque caſu ſuſpitio eſt, veram venditionem non eſſe contractam, ſed ſpeciem tantum venditioni quæſitam eſſe: Martianus putat creditorem rem vendicare poſſe, & si debitor dicet illum conſensiſſe venditioni, quæ ſequuta sit, creditorem doli mali replicatione uti poſſe. *L. ſicut*, §. *ſupervacuum D. eod.* Sed etsi alienatio ſequuta sit, verumtamen non ita, ut creditor conſenſerat, nihil ei nocebit alienatio. Id autem duobus modis accidere poteſt, uno si non eodem genere alienationis alienata eſt, ut si cum vendere permisiſſet creditor, debitor donavit, vel contra altero, si ab alio poſſeſſore quanvis eodem modo res alienata eſt. *L. ſicut*, §. *ſed ſi permiſerit*, & §. *ſi debitor*, *hic*. Non tamen ſemper accidit, ut uno genere alienationis permiſſo, si alio modo debitor alienet, contra voluntatem creditoris feciſſe videatur. Sed hac in re facti quæſtio verſatur. Itaque generaliter ita definiendum eſt, si certa aliqua de cauſſa unum aliquod genus alienationis creditor conceſsit, eo non ſequuto, contra eius voluntatem factum videri, ideoque alienationem ei non nocere, quoniam eius intersit. Finge ideo vendere permisiſſe, ut pretio accepto debitor habeat, unde ſolvat. Si debitor donarit, non nocebit conſenſus. E converſo, si ille donare conceſſit, quia amicus erat is, cui donabatur, debitor autem vendidit, creditori nihil oberit. Sin autem ita uno modo alienare conceſſit, quia a debitore sic petebatur, utrum autem hoc an illo modo alienetur, eius nihil intersit, quocunque modo res alienata fuerit, videbitur ſecundum eius voluntatem alienata, eique alienatio nocebit. *L. ſicut*, §. *ſed ſi permiſit*, *D. h. tit.*

XI. Adeo autem hoc conſenſu pignus tollitur, ſemel ſecuta alienatione pignoris, ut quanvis eadem res poſtea legitimo aliquo modo ad debitorem redierit, vendita puta vel inſolutum data vel legata, vel donata, qua quidem ex re fraus omnis aberit, pignus ſemel extinctum non reſtauretur. De quo extat Iuſtiniani conſtitutio in *L. ult. C. de remiſ. pigno.* In qua illud in primis notandum eſt, quod Iuſtinianus ſanxit, rem eandem amplius creditori non obligari, ne ſi debitoris quidem bona obligata ſint, tam præſentia, quam quæ poſtea quæſita erunt, quorum tamen appellatione contineri videtur ea res, quæ denuo creditori quæſita fuerit. Sed hoc ideo facit, quod ea res ſemel de illa generalitate rerum voluntate creditoris exempta eſt.

XII. Ac quid ſit iuris, ſi creditor alienationi pignoris conſenſerit, intellectum eſt, hoc quæritur quando videatur conſenſiſſe. Eum quidem conſentire certum eſt, qui cum a ſe, ut vendere liceret, peteretur: aperte declaravit id ſibi placere. Sed hoc ambigitur, an qui ſcivit rem alienari, vel quia admonitus a debitore, vel alio modo certior factus non interceſſit venditioni, nec emptori quicquam denuntiavit, videatur, quia ſcivit, & paſſus eſt, hoc ipſo conſenſiſſe. Et placet eum, qui id faciat, non idcirco conſentire videri, quia poſſit id ob eam cauſſam pati, quod ſuum ius durare intelligat, cuius deteriorem cauſſam ab alio invito ſe fieri non poſſe, non ignorat. *L. ſicut*, § *non videtur*. *D. quib mod pign.*

XIII. Hoc tamen cum in coniectura voluntatis poſitum ſit, quibuſdam in cauſſis eadem voluntatis coniectura aliter receptum eſt. Nam in ſervo pignori dato manumiſſo, ſi ſciente eo, cui obligatus erat, manumiſſus ſit, conſtitutum eſt, manumiſſum iure, & conſenſu creditoris remiſſam videri pignoris obligationem. *L.* 1. *C. de remiſ. pign.* Id quidem libertatis

cauſ-

cauſſa, vel quod libertas, cum omnium maxime ſavorabilis res ſit, interpretatione potius adiuvanda fuerit adverſus creditorem, quam ad exactum ius revocanda; vel quod creditor ei rei tanquam favorabili ipſe quoque pro ſe ſaviſſe videatur, humanitatis iure potius, quam de ſuo iure adverſus rem iam confectam retinendo cogitaſſe. Idem receptum eſt in his cauſſis ſi vel fiſco ſub haſta diſtrahente creditores ſiluerunt, vel eo tempore quo prædium ab aliis creditoribus diſtrahebatur, publico programmate admoniti, cum præſentes eſſent, ius ſuum executi non ſunt. *L. ſi hypothecas, L. ſi eo tempore, C. de remiſ. pign.* Quod tamen non tam eadem illa voluntatis opinione receptum eſt, quaſi qui id fecerint, pignus ſua voluntate amiſiſſe credantur (quamquam hoc quoque exiſtimari poteſt,) quam ipſorum negligentia, quæ in his cauſſis ferenda non eſt. Nam neque haſtæ fiſcalis fides facile convelli debet, ubi ſit, quod creditori imputes, *d. L. ſi hypothecas.* neque temere audiendus eſt, qui publico programmate admonitus a creditoribus, eos ipſos creditores, ſimul & emptores decipere voluit, cum ideo programmate illi uterentur, ut ſi qui eſſent, ad quos ea res pertinerent, exiſterent, & ius ſuum exequerentur. Quin potius hæc interpretatio adverſus illos admittenda eſt, quaſi ius ſuum remittere voluerint, ut illis ſilentium ſuum potius, quam adverſariis noceat. Non idem probatum eſt, ſi debitor ipſe rem proſcribat, quia debitor, quos creditores habeat, ignorare non debeat, qui ſi vellet eos dimittere, nihil programmate uti eum oporteret.

XIV. Quod de eo, qui alienationi conſenſit, diximus, & in eo probandum eſt, qui conſenſit, ut alii res pignori daretur. *L. Paulus.* 9. *L. Titius.* in fi. *D. hoc tit.* Genus enim alienationis eſt, pignori dare. Itaque prohibita alienatione rei, hoc quoque interdictum intelligitur, ne res pignori detur. *L. ult. C. de reb. alien. non alien.* Atque hoc modo ſic conſenſu creditoris pignus ſolvitur, ut non adverſus illum tantum tollatur, cui conceſſit pignori dare, ſed in totum perinde ac ſi id vendere conceſſiſſet. Unde ſi creditor conſenſerit, ut res ſibi obligata tertio daretur, non tertius in locum prioris ſucceſſiſſe videbitur, quod futurum erat, ſi illi tantum ea res prodeſſet, ſed ius ſecundi creditoris, ut ſi quovis alio modo ſoluta eſſet hypotheca, confirmatur. *L. Paulus, D. hoc tit.* Plane ſi creditor ſe id in gratiam tantum eius facere dixerit, cui res pignori obligabatur, non niſi adverſus eum pignoris remiſſio creditori nocebit, ut eſt conſtitutum. *L. iubemus, C. ad Velleia.* Et recte. Nam & ante diximus ita demum creditorem conſentientem alienationi pignoris ius ſuum remittere intelligi, si non ſalva pignoris ſui cauſsa conſenſerit. Quod eum facere apparet, qui in alicuius tantum gratiam pignoris obligationi conſensit.

XV. Reſtat tertia ratio pignoris liberandi, ut quoniam niſi ius, quod habet in re quaque debitor, pignori dare non poſſit, idcirco vel ea re penitus extincta, vel eo iure ſoluto, quod debitor in ea re habebat, ius creditoris extinguatur. Corpore extincto nulla dubitatio eſt. *L. ſicut, D. quib. mod. pign.* Eſt enim pignus in corpore, quo ſublato & ipſum ius tolli neceſse eſt. Iure autem a debitore ſublato paulo maior eſt quæſtio, cum dixerimus actionem pignoris in rem eſse, nec videatur creditoris ius, quandiu res, & obligatio maneat, ſine facto eius amitti poſse. Et hoc loco pluribus inculcandum eſt, quod paulo ante obiter attigimus, alienatione debitoris voluntaria ius creditoris amitti non poſse, ne dici incipiat creditoris conditionem debitoris facto deteriorem conſtitui poſse. *L. diſtructis. L. debitorem, C. de pignor.*

XVI. Quod ſi verum eſt, conſequens fuit, ut diceremus nec uſucapione pertmi pignoris cauſſam. Quæ rurſum alia iuris regula eſt inde nata. *L. uſucapio, C. de pig. L.* 1. *§. cum prædium, D. eod. tit.* Alienationis enim genus eſt uſucapio, ut Paulus ſcribit, ac vix eſt ut non videatur alienare, qui patitur uſucapi. *L. alienationis, D. de verb. ſign.* Nec quiſquam hoc admiretur, eum dicamus per uſum & poſseſſionem legitimi temporis Dominium ipſum amitti, pignus non amitti. Amitteretur enim una cum dominio pignus, si quicquam cum Dominio coniunctum haberet, id eſt, si eiuſdem eſſet pignus, cuius eſt Dominium: Ad hæc nulla ſocietate coniunguntur, planeque diverſorum ſunt. Quæ ratio ubique a Papiniano redditur, cum hanc regulam ponit. *d. L.* 1. *§. eum prædium, D. de pignor. L. iuſto, §. non mutat, D. de uſuc.*

XVII. Sane præſcriptio longi temporis acquiritur adverſus creditorem ei, qui pignus longo tempore bona fide poſſederit, *L. toto tit. C. ſi adver. cred. præſ. opp.* Neque ideo tamen efficitur extingui pignoris cauſſam. Quamquam enim res immobiles non ante uſucapiuntur ex conſtitu-

ſtitutione Iuſtiniani, quam longo tempore poſſeſſæ ſint, id eſt, decem annis inter præſentes, viginti inter abſentes, & qui tandiu poſſedit, is creditorem pignus vindicantem præſcriptione temporis ſummovet, non tamen propter uſucapionem id facit, ſed quia tandiu poſſedit. Nam etſi res eſſet eiuſmodi, quæ uſucapi longo tempore non poſſet, ut res pupilli; ut vi, aut contra legem repetundarum poſſeſſa, tamen creditor ſi eam tanquam pignori obligatam vindicaret, præſcriptione temporis ſummoveretur; quia tandiu tacuiſſet. *L.* 1. *C. ſi adver. cre.* Iam vero ſi propter Dominium uſu acquiſitum creditor exceptione ſummoveretur; etiam is exceptione tutus eſſet, qui rem mobilem triennio uſu cepiſſet; quia hic quoque Dominium rei acquiſivit. Quod ſecus eſt. Quæ omnia declarant, ſi is, qui uſucepit, præſcriptione quoque temporis creditorem pignus perſequentem removeat, non in eo cauſſam eſſe quod uſu rem ſuam fecit, ſed quod tandiu poſtedit. Quid, quod his verbis; præſcriptionem longi temporis acquiri adverſus creditorem, ſuperior illa regula de uſucapione confirmatur? Quod enim dicitur, uſucapione pignus non perimi, hanc ſententiam habet, non perimi ipſo iure, quin pignoris perſecutio relinquatur, non tolli, inquam, ut Dominium Dominio pellitur. Quod autem dicitur præſcriptione longi temporis creditorem ſummoveri, hoc ſignificat, pignus quidem manere, & pignoris perſecutionem, ſed per exceptionem longi temporis inefficacem conſtitui. *L.* 1. *C. ſi adver. cre.* Quid enim aliud eſt præſcriptio temporis, niſi temporis exceptio? *L. ſuper longi. C. de lon. temp. præſ.*

XVIII. Quod cum conſtet, mutatione dominii pignoris cauſſam non tolli; quia non in debitorem ſolum ſit hæc actio, ſed poſſeſſorem ſequatur, inde dubitatum eſt de huiuſmodi ſpecie. Debitor cum prædium pignori daret nominatim ut fructus quoque pignori eſſent, convenit. Id prædium poſtea diſtractum eſt ab eo, qui dominus non erat, ſive is debitor fuit, ſive inſcio debitore alius & traditum eſt bona fide accipienti. Emptor bonæ fidei, quia non aliter fecundum regulas iuris fructus omnes lucratur, quam ſi conſumpſerit, conſumpſit, atque ita ſuos fecit. De his nihilominus convenitur a creditore utili Serviana. Quæſitum eſt, an eos reſtituere debeat. Quæ quæſtio tractata eſt a Papiniano. *Libr.* 2. *Reſponſ.* extat in *L.* 1. *§. eum prædium, D. de pignor.* Movet quæſtionem, quod initio convenit ut fructus prædii pignori eſſent. Quod autem poſtea a bonæ fidei poſſeſſore acquiſiti ſunt, de pignoris cauſſa nihil mutare videtur. Nam ſi uſucapione pignus non tollitur, nec fructuum perceptione aut conſumptione, quæ item ſpecies eſt acquiſitionis, tolletur, & in totum alienatione ac dominii mutatione non tolletur, hoc enim ſuperioribus omnino conſequens eſt. Sed Papinianus reſpondit bonæ fidei emptores hoc caſu fructus conſumptos, nempe hoc modo ſibi acquiſitos. (Nam; ut dixi, omnes fructus tunc acquiruntur, cum conſumpti ſunt,) *L. quæſitum* in ſi. *de acqui. rer. do.* reſtituere non cogendos. Nec obſtare, quod uſucapione pignoris cauſſa non perimitur. Ideo enim uſucapione pignus non tollitur; quia ante uſucapionem pignus conſtitutum fuit. In fructibus diſſimile eſt, quia nunquam debitoris fuerunt, id eſt; quia nunquam pignori obligati fuerunt. Quod enim convenit; ut pignori eſſent futuri fructus, ad pignoris obligationem non eſt ſatis. Requiritur præterea, ut ſint in bonis obligantis. Quod cum in propoſito non acciderit, dicendum eſt eorum fructuum perceptione non tam pignus creditori tolli, quam nullum pignus unquam fuiſſe. Unde colligitur quocunque modo poſſeſſori fructus poſtea acquiſiti ſint, non poſſe vindicari eadem ratione; quia nunquam debitoris fuerunt. Quod eveniet, ſi debitor dominus fuit, & rem ipſe obligatam vendidit. Quo caſu parum retulerit, an poſſeſſor ante, quam conſumeret fructus, cognoverit rem pignori obligatam eſſe, an non: quia omnimodo fructus eius fierent.

XIX. Sed cum dixerimus, uſucapione pignus non perimi: inde conſtat creditorem rem ab uſucapione domino utili Serviana avocare poſſe. Hic duplex oritur quæſtio, una, poſſit ne debitor pignus receptum a creditore repetere ab eo pignoratitia actione. Iam enim dominus non eſt. Rurſum pignus ab eo natum conſtat. Et certum eſt, poſſe. Nam etſi res aliena a principio pignori data eſſet, eam ſoluta pecunia debitor pignoratitio iudicio recuperaret. *L. ſi in rem, §. is quoque, D. de pig. act.*

XX. Quoniam conſtat poſſe, ſequens quæſtio eſt, poſſitne dominus idem, qui uſucepit, eam a debitore auferre, an vero ſit aliqua cautio, qua debitor adverſus dominum defendatur. Dominum quidem eſſe eum conſtat, qui uſucepit, non debitorem. Sed movet, quod creditor ſolus in pignore ius habet, qui ius ſuum in extraneum potuit transferre. Quod ſi fecilliet: emptorem adverſus omnes prætor tue-

tueretur. Quare quidem putant creditorem, ut in extraneum ius ſuum, & hypothecariam actionem transferre potuit: *L. mulier, qui pot. in pig. hab.* ſic etiam in debitorem poſſe; quia iam extranei ſit loco. Sed verius eſt, creditorem in cæteros quidem ius ſuum transferre poſſe, id eſt, nomen, & una cum nomine acceſſionem, id eſt, pignus, & hypothecariam actionem: in debitorem autem non poſſe: quia non poſſit in eum transferre actionem perſonalem; ne incipiat dici ipſi debitori actionem adverſus ſe cedi poſſe, quod abſurdum eſt. Illud etiam abſurdum, cum debitor ea pecunia, quam creditori dedit, liberetur, dicere eadem pecunia & naſci hypothecariam actionem, & tolli. Tollitur autem acceſſio pignoris, cum principalis obligatio ſublata eſt. *L. in omnibus, D. de ſolutio.* Alii igitur in hac re debitori conſilium dant, ut rem apud creditorem inſolutum relinquat. Sic enim fieri putant; ut neque debitor iam conveniatur, qui rem non poſſidet, & tamen liberetur; neque creditor; quia quanvis rem poſſideat, ipſe tamen iure creditoris potior ſit eo, qui uſucepit, ut diximus. In quo, iudicio meo, valde falluntur. Nam iſto modo pro uno incipient duo iam teneri, & debitor, & creditor; Debitor, quia cum rem alienam in ſolutum dedit, vendidit. *L. eleganter* in prin *D. de pig. act. L. 4. C. de evict.* Cum autem vendiderit, domino utili negotiorum geſtorum actione tenebitur, ſi res domino vindicari non poſſit. Idque & reſponſum, & conſtitutum eſt. *L. mater, C. de rei vindi. L. reſcriptum, §. 1. D. de diſtr. pig.* Creditor quia rem poſſidet: nec ad rem pertinet, quod creditor iure pignoris domino potior eſt. Hic enim nec iam creditor eſt, cui ſatisfactum eſt: nec pignus manet, pecunia ſoluta, quia fieri non poſſit ut principali obligatione ſublata, acceſſio non liberetur. *L. in omnibus, D. de ſolutio.* Relinquitur igitur, nullam eſſe rationem iuſtam, quæ pecunia creditori ſoluta, & pignore iam liberato actionem ſuam domino auferat, quanvis manente pignore creditor domino præferatur. Quæ omnis de iure creditoris in re pignori data uſucapta diſputatio nobis ex eo nata eſt, quod pignus recte contractum poſtea alienatione debitoris eoque nec uſucapione extingui poſuiſſemus.

XXI. Nunc ad rem revertemur, breviterque de amiſſione pignoris definiemus. Cum ſemel res optimo iure cœperit eſſe debitoris, & eo pacto, ut non niſi voluntate eius amitti poſſit, aut non niſi ab eo in alium transferri: nunquam ea amiſſione ius creditoris tolletur, quia non poſſit actione in rem ſemel illi iure conſtituta, debitor vitio ſuo aut opera conditionem eius facere deteriorem. Sed eſt, cum debitor res quaſdam in bonis habeat certa lege, & conditione, puta quandiu illud, aut illud factum non erit. Qua conditione finita res ei ſua lege auferatur. Id ſi accidet, ius quoque creditoris ſolvetur neceſſario: quia nihil amplius iuris debitor ipſe habuerit, quam ut illa conditione non exiſtente rem retinere. Hoc in pignore pignoris itemque in nomine, ut notioribus exemplis utamur, facile intelligi poteſt. Quia enim pignus hac lege tenetur, ſi pecunia debeatur: ſi id pignori ſecundo creditori datum ſit: pecunia ei ſoluta, qui obligavit, pignus quoque ſecundi ſolvitur. Iſta ratione ſi debitor fundum vectigalem, quem habebat, pignori dederit, ac deinde is in exſolutione vectigalis ceſſaverit, cum ei fundo lex dicta eſſet, ut ſi poſt certum tempus vectigal ſolutum non eſſet, ad dominum rediret: non ſolum ſecundum legem fundus ad dominum redibit, ſed ſoluto iure debitoris ex ea cauſſa quæ pignoris obligationem anteceſſerit, & invito rem auferat, ius quoque pignoris ſua ſponte evaneſceret. *L. lex vectigali, D. de pign.* Idem in ſuperficie pignori data dicemus, ſi vectigal ſolarium non pendatur. *L. etiam D. qui potio. in pig.* Sed enim ius debitoris ex ea conditione ſolvi neceſſe eſt, quæ ab eo, qui rem in debitorem tranſtulerat, invito debitore exerceatur.

XXII. Quod ſi ea conditio fuit: ut niſi debitor velit, res ab eo recedere non poſſit, & ſi forte in eo conditione ſua utatur ius tamen pignoris facto eius non finietur. Ad quod ſignificandum hæc exempla ſub hoc titulo poſita ſunt, *L. 3. & 4. D.* fundus ita diſtractus eſt: fundus Tuſculanus tibi emptus eſto tot aureis, niſi alius intra Calendas proximas meliorem conditionem attulerit: mox traditus, ab emptore ante quam melior conditio afferretur, pignori datus eſt. Meliore conditione poſtea allata, nimirum pignus finietur. Nam & res ſecundum legem venditionis emptori aufertur. Ad idem fundus ſi ita venditus ſit: ut ſi diſpliceret, redderetur, ac poſtea pignori ab emptore datus ab eodem redditus ſit; aut quia peſtilens erat, redhibitus: pignoris cauſſa non extinguetur. Quippe nulla neceſſitate debitor rem a ſe dimittere cogebatur, tametſi illi expediebat. His expoſitis nihil quod ad cauſſam, & ius pignoris cognoſcendum neceſſe ſit, prætermiſſum puto.

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIUS
DE
IUDICIIS DIVISORIIS

CAPUT I.

Rerum exorditio: res noſtras pro quibus obtinendis laboramus eſſe in duplici genere; quæ ſint. I.

Communes res obtinendi tanquam proprias ratio duplex; aut facta communi dominorum conſenſu diviſio. II.

Quam ſeu traditio, ſeu ſtipulatio interpoſita conſequatur. III.

Aut diviſio in iure facta; quæ de ea re ſint inſtituta iudicia. IV.

I. DE rebus noſtris obtinendis duobus modis laboratur. Eſt enim aliquid quod noſtrum proprie ſit: eſt quiddam ita noſtrum, ut ſit etiam cum aliis commune. De eo quod noſtrum & proprium eſt, id agitur, ut nobis reſtituatur; ut ſi quis teneret, & de iure noſtro nobis controverſiam faciat. De rebus communibus hoc; ut etiam ſi ſocius rem nobis communem fateatur eſſe, res a communione eximatur; ſic res diviſa, noſtra propria efficiatur.

II. Quarum rerum obtinendarum cauſſa duæ ſunt actiones, ac prius illud vindicationibus conſequimur, de quibus dictum eſt. Poſterius & conſenſu eorum, inter quos res communis erat & ſine conſenſu propriis actionibus. Quæcunque diviſio rerum communium dominorum conſenſu facta eſt, niſi ætatis auxilium interveniat, orta eſt, ſive nullo iudicio ſuſcepto, ultro res inter ſe diviſerint, ſive de ſuſcepto maluerint rem inter ſe dividere; quam iudicis ſententiam exſpectare. *L. non ideo, Cod. hoc titul. L. ultim. D. eod. L. ſi inter. 3. C. commun. utr. iud.*

III. Sic tamen, ſi diviſionem hanc traditio rerum ſecundum placitum diviſoris ſecuta ſit, aut interpoſita ſit ſtipulatio: *L. ſi diviſionem, C. eod.* Dominium rerum ſine traditione dominii in ſervum transferri non poteſt, *L. traditionibus C. de pact.* ut ſecundum conventionem res tradatur, agi poteſt. Sed ut agi poſſit, ſtipulatione efficitur, non pacto nudo, *§. de conſtituta Inſt. de actio. L. iuregentium, §. continuo de pact. L. legem, C. eod.* Ita fit illud, quod Hermogenianus finivit, diviſionis placitum, niſi traditione vel ſtipulatione ſumat effectum ad actionem, tanquam nudum pactum nulli prodeſſe poterit, *L. diviſionis, D. de pact.*

IV. Si res inter eos, quibus res communis eſt, convenire non poteſt, quæcunque res erit, iudicia ſunt, quibus ad diviſionem ultro provocemus, & quod volumus, conſequamur. An ergo, quæcunque communio nobis cum alio intercedat, etiam facto noſtro & voluntate ſuſcepta? Nihil refert; cum nulla ratio ſit, cur alius re noſtra aut beneficio noſtro, ultra, quam no-

Digitized by Google

nobis videtur, utatur; nemo ad communionem retinendam cogi debet, ne ſi id quidem convenerit, ne a ſocietate diſcederetur. *L. ſi non ſortem, §. ſi centum D. de cond. indeb. L. ſi convenerit. §. 1. D. pro ſocio. L. in hoc iudicio. §. ſi conveniat D. com. divid.* adde diſcordias, quas materia communionis ſolet excitare dum vel & re curanda, & oneribus ferendis, vel fructibus rei & obventionibus percipiendis, unuſquiſque non poteſt ſibi perſuadere æquam ſe ferre oneris vel lucri partem. *L. cum pater, §. dulciſſimus D. de leg. 2.* quibus diſcordiis utilis eſt in primis mos proſpectum eſſe. Iudicia huius rei cauſſa duo prodita, unum de rebus univerſis, ſive de hæreditate communi familiæ erciſcundæ, alterum de rebus ſingulis quibuslibet, communi dividundo: quæ ita nominantur, quaſi dicas; iudicium ad familiam erciſcundam; iudicium ad commune dividendum, quoniam his iudex ad haſce res utatur, his finitum eſt iudicium, quod dicitur finium regundorum, quo non agitur quidem de re communi, veruntamen illud, ut quemadmodum in illis ab incertitudine communionis, ita hic ab incertitudine finium diſcedatur, quibus deſpectis habeat quiſque, quod deinceps ſuum certo queat dicere, neque vero aliud prioribus illis agebatur.

C A P. II.

De Iudicio Familiæ Erciſcundæ, & quæ in eo quærenda ſunt.

Cuius rei gratia iudicium erciſcundæ familiæ inſtitutum. I.

Rerum tractandarum partitio. II.

I. IUdicio familiæ erciſcundæ agitur, ut inter quos hæreditas communis eſt, inter eos dividatur. *L. 1. D. eod. L. bona, C. eod.* Hinc familiæ erciſcundæ, ut ſit, hæreditati dividendæ. *§. quædam, Inſtit. de actio.* Erciſcere eſt verbum antiquum, quo lex duodecim tabularum in hac re uſa eſt, pro dividere. Familia autem hæreditatem & bona ſignificat, ut in illis verbis eiuſdem legis, agnatus proximam familiam habeto, id eſt, hæreditatem. *leg. pronunciatio, §. 1. D. de verb. ſig. L. ultim. C. de verb. ſig.*

II. Hic cum uſus ſit huius iudicii, ad naturam eius percipiendam, video hæc tria neceſſe eſſe quæri; primum, ubi recte hoc iudicio agatur, deinde iudicio conſtituto, quid in iudicium & diviſionem eius iudicii veniat: poſtremo, quæ ſit earum rerum pro poteſtate & officio iudicis communicatio & diviſio.

C A P. III.

Ubi recte hoc iudicio agatur.

Rerum continuatio, & ſubdiviſio. I.
Iudicium hoc agitari inter heredes. II.
An, cum negat adverſarius eum qui hic agit, heredem eſſe; de utraque re poſſit hoc uno iudicio cognoſci; & quomodo diſtinguendum. III.
Et quando hic hereditati præiudicium fiat, aut ſecus. IV.
Si cum, quocum agitur, conſtet poſt acceptum iudicium non eſſe heredem, iudicium nullum eſſe, & inane, re integra. V.

I. REcte hoc iudicio agi intelligetur, tuncque locum habebit, cum & inter eos agetur, inter quos oportet, & de ea re, de qua oportet; ut inde & perſona eorum, inter quos agitur, quærenda ſit; & res de qua agitur; adde & quo tempore agi liceat: quod tamen ex cognitione rei, quæ peti poteſt, naſcitur.

II. Inter hæredes nimirum, hoc iudicio agitur. *L. 1. D. eod. §. quædam, Inſt. de actio.* Ergo hæredi competit ad diviſionem hæreditatis provocanti. Quid ſi hæreditatem non poſſideat? Prius eſt ei, ut rei dominus ſit, quam de diviſione rei agat: & fortaſſe non videbitur dominus rerum hæreditariarum ante factus eſſe

eſſe, quam earum poſſeſſionem nactus fuerit. Sed inter omnes convenit, ſimul atque alicui hæredes facti ſumus, (quod fit, ſola aditione) omnium rerum dominium, & ius ad nos tranſire, etiamſi nihil poſſideamus *L. cum hæredis*, *D. de acq. poſſ.* Quare ad accipiendum familiæ erciſcundæ iudicium, poſſideat quis hæreditatem, nec ne, nihil intereſt, *L. 1. L. hæredes*, *§. quantum*, *D. eod.*

III. Quid ſi hunc adverſarius hæredem eſſe neget? utrum familiæ erciſcundæ, nihilominus recte aget: ut unum hoc iudicium ſufficiat, in quo ante quæritur hæres, ſit nec ne qui agit? an vero prius hæreditatem petere cogetur, ut faciunt, quibus fit controverſia hæreditatis; ſic deinde hoc probato, hæredem eſſe, familiæ erciſcundæ agitare poterit: ut hoc modo, non niſi duobus iudiciis, ideſt duabus interpellationibus, duobus iudicibus, duplici denique opera res tranſigatur? de hac re eſt diſtinctio Caii, *L. 1. D. eod.* ad hanc ſententiam: ut recte hoc iudicio agat, qui negatur eſſe cohæres, ſi aut partem ſuam poſſideat; aut eo non poſſidente proponatur, nihilo plus adverſarium poſſidere, ut tamen iudex, apud quem agit, prius cognoſcat, an cohæres sit. Quod si neque partem ſuam poſſideat, qui agit, & ab eo negetur, qui ſuam poſſidet: uſitata exceptione removeri poſſe, sive actione, quæ adverſus eos comparata eſt, qui præiudicium hæreditati faciunt; Ac si in ea re, de qua agitur, præiudicium hæreditati non fiat, de qua *in L. divus* in fin. *de petit. hæred. L. ult.* in princ. *C. de pet. hæred.*

IV. Quod ergo præiudicium hic potius fieri dicamus; quam cum is qui agit, nihil poſſidet, ut & is qui provocatur? Quod ſcilicet is qui poſſidet, iudicio familiæ erciſcundæ partem præſtare cogatur, ei, qui nihil ante habuerit: ut in more & forma poſſeſſionis rerum hæreditariarum aliquid poſſeſſori imminuatur: quod futurum non eſt, si aut is qui agit poſſidet partem ſuam, aut neuter. Nam illic si actor partem ex diviſione capit, nihil incipit habere, quod ante pro indiviſo non habuerit; hic aliud quidem actor capit, ſed & is, cum quo agitur, tantum ex diviſione accepturus eſt, ita ut ei nihil detrahatur, cum nihil ipſe quoque poſſideret.

V. Quod si qui egit, hæres non ſit, finge poſt iudicium acceptum id ei obiici & conſtare? id moris futurum eſt, quod de eo, cum quo agitur, mox dicturi ſumus. Ergo, ut hæredi hoc iudicium competit; ita & in cohæredes, *L. 3. C. eod.* finge quod modo quærebamus cum eo actum eſſe; qui hæres exiſtimabatur, re non erat. Relinquitur, ut quiſquis hæres non ſit, cum quo iudicium hoc acceptum eſt, nec iudicium eſſe intelligatur *L. cum putarem*, 36. *D. eod.* Itaque nec re integra adiudicari ei quicquam oportet, aut adverſarius ei condemnandus eſt *L. 1.* in fin. *D. eod.* nec si ſententia condemnationis aut adiudicationis in perſonam eius facta ſit, ulla ſit eo nomine iudicati actio. Plane si is, qui condemnatus erat, aut rem tradiderit; aut ei ſolverit, non repetet, ut Paulus probat: *d. leg. cum putarem D. eod.* quod dicat, & si non ſit iudicium, tamen ad impediendam repetitionem ſufficere, quod ſe putat condemnatum.

CAP.

Digitized by Google

CAP. IV.

Qua de re agi oportet.

Hæreditatis, qua de agitur, communionem ſive unius ſive plurium poſſe inter cohæredes tali iudicio dirimi. I.

Idem iuris eſſe, etſi hæreditatum aliqua non ſit illorum uni communis; quæ ſit iſtiuſmodi ſpecies. II.

I. RES qua de agitur, hæreditas eſt, inter heredes communis. Quo loco oritur dubitatio, si ſorte plures ſint hereditates, inter eoſdem ex diverſis cauſſis communes, poſſitne de omnibus unum judicium familiæ erciſcundæ ſumi; an vero neceſſe ſit, de unaquaque ſeparatim agi? Quippe iudicium familiæ erciſcundæ dicitur, id eſt, hereditatis dividendæ, non hereditatum: ſed nihil nomen nos moverit, dum res eadem ſit, & quotcunque ſint hereditates, perinde habeantur, ac ſi una eſſet hereditas, quæ totidem ex rebus conſtaret, & heredes ex omnium diviſione tantum conſequuntur, quantum ſi ſeparatim diviſæ eſſent. Recte igitur placet, & de pluribus unum familiæ erciſcundæ iudicium ſumi poſſe. *L. hæredes, 25. §. de pluribus D. eod.* Quæ res facit, ut neque pluribus interpellationibus opus ſit; ſed una. *arg. L. non poteſt. de iud.* Neque plures iudices adire neceſſe ſit: & ſi forte res uni ex una hereditate adiudicatæ ſint, liceat alii coheredi vice mutua alias res, quæ tantundem valeant ex alia hereditate adiudicare, quaſi de una hereditate iudicium eſſet. Neque hoc iniurioſum videatur, non tantum, ex unaquaque hereditate unum ferre, quantum alter, cum ſint nomine & cauſſis ſeparatæ. Eſſet iniurioſum ſi in hereditate dividenda, ſpecies rerum, & corpora ſpectaremus non æſtimationem. Æſtimationem vero & quantitatem ſpectamus ut ſi rebus æſtimatis ad eandem quantitatem omnes ferant, officio iudicis ſit ſatisfactum.

II. Hoc poſito evenit quod prima fronte mirum videatur, ut cum aliquo familiæ erciſcundæ iudicium interdum inſtituatur de ea hereditate, quæ non ſit cum illo communis. Quod ita fiet, ſi mihi cum primo duæ hereditates ſint communes. Titiana & Seiana, ex quibus una, finge Seiana, mihi cum eodem primo & ſecundo ſit communis. Poterit enim de utraque unum iudicium, inter nos tres accipi, ut Paulus tradit, *in L. hæredes 25. §. ſi inter, D. eod.* quamvis verum ſit Titianam hereditatem ad ſecundum nihil pertinere. Sed hoc, illo admiſſo, conſequens eſt, nemo enim negaverit inter me & primum, de Titiana & Seiana recte agi: nemo recte agi de Seiana inter me & primum, & ſecundum, quando hæc inter nos tres communis eſt. Quo fit ut de utraque inter nos tres recte agatur. Itaque ſi fingas nos omnes ex æquis partibus heredes factos eſſe, quoniam ſeparatim Titiana inter me & primum in duas partes dividetur: Seiana inter me, primum, & ſecundum in tres: nunc uno iudicio de utraque ſuſcepto quinque partes fient, ex quibus unam ſecundus, ego & primus ſinguli duas auferemus. Sed ita de pluribus hereditatibus unum iudicium ſumi poteſt; ut liceat & de una duntaxat iudicio experiri. *d. Leg. heredis, §. Item ſi plures, D. eod.*

CAP.

C A P. V.

Quo tempore recte agatur.

Judicium erciſcundæ pluſquam ſemel agitari non poteſt; ſed pro rebus ſingulis caſu aut errore indiviſis communi dividundo agi debet I.
Non idem tamen iuris quoad res in commune relictas in diviſione privato conſenſu facta; & quare. II.
Contra Auctor ſentit, ſi coheredes hoc animo hereditatem privato diviſerint ut nihil relinquerent indiviſum III.
Quare alia, quæ & ipſa univerſalia videntur iudicia ſæpius agitari queant; & quod huius ab illis diſcrimen IV. V.
Cauſſa cognita poſſe ſemel atque iterum agi iudicio erciſcundæ; & quæ huius rei cauſſa idonea. VI.

I. Tempus hoc iudicio, agendi quodvis vel tantillum ex hereditate commune erit, dummodo prius eodem iudicio actum non fuerit. *L.* 1. *C. eod.* Quod ſi iam actum ſit, utemur Ulpiani regula, familiæ erciſcundæ iudicium amplius quam ſemel agi non poſſe, niſi cauſſa cognita: ut ſi quædam res indiviſæ relictæ ſint, communi dividundo de eis agi poſſit. *L. ſi filia.* 29. §. *familiæ*, *D. eod.* Quod quidem ex genere huius iudicii efficitur. Eſt enim, ut ſupra dixi, de hereditate inter coheredes dividenda. Rebus autem priore iudicio diviſis, quoniam id agebatur a iudice, ut ab omni communione diſcederetur, neque quicquam indiviſum maneret: *L. heredes*, 25. §. *Iudex*, *D. eod.* non poteſt dici hereditas reſtare, quæ inter coheredes dividatur, ſi de hereditate defuncti dividenda agitur, quæ non eſt; Res quidem ſingulæ poſſunt; ideo communi dividendo agitur.

II. Quid ni ergo, obiiciet quiſpiam, maxima parte hereditatis privato conſenſu diviſa, dicamus de iis, quæ relinquuntur, hoc iudicio agi non poſſe, quia non ſit ea hereditas quæ fuerit: quod tamen ſecus eſſe Imperator Severus & Antoninus reſcripſerunt: *L.* 1. *Cod. eod.* Quia rebus aliquibus ab heredibus in commune relictis apparet, non hoc animo eos fuiſſe, ut hereditatem dividerent, alioqui totum diviſiſſent. Iudicium familiæ erciſcundæ, non alia mente ſuſcipitur, niſi ut hereditas dividatur: atque hoc ipſum a iudice agitur, ne quid indiviſum relinquatur. *d. L. heredes*, §. *iudex D. eod.*

III. Quæ ratio me movet, ut putem ſi coheredes mutuo conſenſu ita ad diviſionem acceſſerint, ut omnem hereditatem diviſerint, & caſu aut errore aliquid indiviſum relictum ſit, nihilo magis iudicio familiæ erciſcundæ, de rebus relictis agi poſſe, quam ſi a iudice ante hereditas diviſa eſt. Et quod in *L.* 1. *C. eod.* ſcriptum eſt, iudicio hoc agi poſſe, ſi non omnem paternam hereditatem diviſiſti, ſic accipiendum videtur: ſi non ſenſu mutuo & cogitatione omnem diviſiſti; ut ad diviſionem hoc animo accederetis, ut totam divideretis; alioqui non video, qui magis hereditas poſt diviſionem a coheredibus factam relinquatur, quam poſt diviſionem factam a iudicibus, finge ei eaſdem res, eodem errore indiviſas manſiſſe.

IV. Interim poteſtate & fine huius iudicii cognito, facile apparebit, cur hoc iudicio ſæpius agi non poſſit: quibuſdam, cum eandem generalitatem petitionis habere videantur, poſſit ſæpius, ſi forte priore quid omiſſum ſit, quod in iudicium non veniſſet. Ut puta, cum tutore iudicio tutelæ actum eſt, & tutor condemnatus iudicatum ſolvit, ſi eo iudicio de aliqua ſpecie tractatum non ſit, quam adoleſcens ad tutelam pertinere dicat, non prohibetur iterum tutelæ de ea ſpecie agere. *Leg.* 2. *C. de iudic.* Nimirum quia tutelæ actio univerſitatem non perſequitur: ſed res quaſvis ad cauſſam tutelæ pertinentes.

V. Iudicio familiæ erciſcundæ, niſi hereditas inter heredes communis ſit, agi non poteſt. At hic exemplum petitionis hereditatis ex adverſo occurrit. Etenim hereditatem ſæpius peti poſſe conſtat, ut quiſque videlicet rem hereditariam, quamvis minimam, poſſidebit, & ſi nunc id eo abſolutum ſit, quia non poſſideat, iterum agi poterit, ſi cœperit poſſidere. *L. ſi a te. L. ſi rem*, *D. de except. rei. iud.* Cur non ergo & ſæpius iudicium familiæ

liæ ereiſcundæ adverſus eandem agi poteſt, cum in utrumque res eadem veniat, & paſſim hæc in rehus comparentur? *L. ſed etſi lege*, in fin. *D. de pet. her. L. 2. D. hoc tit.* Quia inter utrumque hoc intereſt, quod petitione hereditatis, etſi is agit, qui hereditatem, id eſt, univerſitatem ſuam eſſe dicat: tamen cum eo agitur etiam, qui rem unam poſſidet, de qua etiam controverſia eſt. Iudicium familiæ erciſcundæ, quia ad hereditatem dividendam, inter heredes pertinet, non niſi de una hereditate utrumque eſſe intelligitur.

VI. Cauſſa tamen cognita, ſæpius agi poſſe dicimus. Cauſſam idoneam fere putamus, non ſi minor ſit, qui nunc iterum agit (quod ei denegatur, ſi in diviſione prioris iudicii non ſit læſus, & in eo quod reſtat, integra ſit diviſio) ſed ſi quod reſtat, commode dividi non poſſit, niſi uni adiudicetur; & quiſquis erit cui adiudicabitur, pro eo viciſſim alteri ſatisfacere non poſſit, ſed neceſſe ſit aliarum rerum, quæ iam diviſæ ſunt, adiudicatione ſatisfieri. Neceſſitas diviſionis nimirum faciet, ut priore iudicio reſciſſo, quod plenum non fuit, novum inſtituatur, non de iis quæ ſuperſunt, ſed de omnibus, quo res omnis tranſigatur, adiudicationibus & condemnationibus non ſolum omnium perſonarum, ſed etiam de omni re factis *arg. in hac D. eod.* Quod ſi in id tantum quod ſupereſt, dare velimus, idque ita poſſit, quanvis diviſio prior non reſcindatur, non video quo alio iudicio, quam communi dividundo agi poſſit, cum non de tota hereditate, ſed de una re aut certis iudicium ſit futurum.

C A P. VI.

Quæ res in hoc Iudicium veniant ad diviſionem.

In iudicum familiæ erciſcundæ venire id omne quod eſt hereditarium: hoc vero quid. I.

Quæ in bonis atque in iure defuncti ſunt, enumerari ſingula. II.

An res defuncto traditæ, & quæſitæ ab heredibus uſucapione ad hoc iudicium pertineant, & quatenus. III.

I. NUnc quæ res in diviſionem huius iudicii veniant dicatur. Iudicium eſt ad diviſionem hereditatis, ſive rerum hereditariarum comparatum. *L. 1. D. eod.* Nempe id demum in iudicium veniet, quod ſit hereditarium: ſi quid non ſit, non veniet. Quamobrem, ut quid veniat, aut non veniat, intelligamus, res non in enumeratione plurium rerum poſita eſt, quæ tam multæ ſine ullo ordine his titulis recenſentur: ſed in generis definitione, quid ſit hereditarium. Etſi hereditas recte definitur ſucceſſio in ius, quod defunctus habuit, cum moritur. *L. hereditas, D. de regulis iur. L. nihil D. de verb. ſignif.* dicamus licet, id eſſe hereditarium, quod in dominio aut iure defuncti fuerit, quodque eo mortuo rei hereditariæ beneficio ad ea bona acceſſerit. In dominio ſunt, quæ iis modis habita ſunt, quibus dominia rerum acquiruntur: ad quam partem referre oportet exempla, quæ hoc titulo leguntur, columbarum, quæ emitti ſolent, apum, quæ a fera beſtia erepta, nec conſumpta ſunt; item rei ſub conditione legatæ: quæ ideo potiſſimum proponuntur, quod de iis maior dubitatio eſſet; cæterum non alia ratione hæc in hoc iudicium venire dicuntur, niſi quod illa in bonis fuerint defuncti, & nunc maneant, quandiu eadem conditione habeantur, *L. 8. §. idem, L. & poſt. 12. §. 1.*

II. In iure defuncti eſſe dico, quæ ſunt in bonis; id eſt, quorum nomine poſſidens exceptionem, poſſeſſione amiſſa ad ea recuperanda actionem haberet, *L. rem in bonis, D. de acquir. re. domi.* Cuius generis hæc ſunt, prædia vectigalia, & ſuperficiaria, de quibus utilis in rem actio, *L. 1. ſi ag. vect. L. 1. de ſuperf.* res bona fide poſſeſſæ, de quibus publiciana, *L. 1. de publici. §. namque, Inſt. de act.* res pignori defuncto obligata, de qua hypothecaria actio eſt, *§. item Serviana, D. de actio.* Ideo has omnes res in hoc iudicium venire legimus, *L. item prædia, 10. L. ſi pignori, 29. D. eod.* Quæ beneficio rei hereditariæ acceſſerint, aut ab herede quæſita ſunt, quæque iden ut hereditaria in hoc iudicium venire dicamus, hæc ſunt. Quod fundo hereditario acceſ-

ceſſit, ut alluvione, *L. & puto*, 16. §. *id quod*, quod ex re hereditaria natum utentis eſt, ut partus ancillarum, animalium & prædiorum fructus. *L. partum*, 11. *D. eod. L. non eſt C. eod.* quod ſervis hereditariis datum, quæſitumve eſt *L. & poſt.* 12. in pr. Quod iudicio de diviſione partis hereditariæ ſuſcepto heredibus amplius adiudicatum eſt, quoniam propter partem hereditariam conſecuti ſunt, ut illis altera pars adiudicaretur. *L. Mævius*, 52. *D. eod. L. communi*, §. *ſi debitor*, *D. comm. divid.* Poſtremum quod ab ipſis heredibus quæſitum eſt, aut ex obligatione hereditaria, aut poſſeſſione defuncti: quales ſunt res quæ heredibus traditæ ſunt, cum defunctus emiſset, aut quas illi uſu ceperunt cum defuncto traditæ eſſent. *L. veniunt*, 9. *D. eod.* Illud enim ex obligatione hereditaria natum eſt: hoc ex eo quo defunctus poſſedit, cuius ex perſona acceſſione temporis heredes utuntur. §. *diutina*, *Inſtit. de uſuc.*

III. De hoc genere poſteriore dubitatur: propterea idem Paulus, qui has uſucaptas ab herede in iudicium familiæ erciſcundæ venire dicit, alio loco & in petitionem hereditatis venire negat. *L. & non tantum*, §. 1. *D. de petit. hered. Si pro emptore*, inquit, *uſucapio ab herede impleta ſit, non veniet in hereditatis petitionem: quia heres idemque petitor eam vindicare poteſt, nec ulla exceptio datur poſſeſſori.* Atqui ſi in petitionem hereditatis non venit, non eſt hereditaria *L. regulariter* & ſeq. *L. item videndum.* §. *ultim. D. de petit. hered.* Si hereditaria non eſt, ne in hoc quidem iudicium veniet, in quo ipſo & res hereditarias ad diviſionem verſari diximus. *L. ex hereditate*, *L.* 1. hoc mitto, quod paſſim hæc iudicia in rebus perſequendis comparantur. *L. ſed etſi lege circa finem de pet. hered. L.* 2. in princ. *D. hoc tit.*

IV. Mihi videtur, ut erit intentio, & titulus heredis in re perſequenda, cuius uſucapionem implevit: ita ea hereditariam habendam eſſe, aut non eſſe; illo modo in utrumque iudicium, id eſt, & in petitionem venire hereditatis: hoc modo in neutrum venire, ne familiæ quidem erciſcundæ. Si heredes ideo perſequantur, quod a ſe uſucaptam dicant, non videbitur hac ratione hereditaria, propterea quod hoc modo nunquam teſtatoris fuit. Sin ideo perſequantur, id eſt, quod & a defuncto habita poſſeſſaque eſt: id perſequuntur, quod fuerit teſtatoris, eoque & quod ſit hereditarium: qua intentione propoſita, non dubito, quin & in petitionem hereditatis veniat. Quod autem ſimpliciter negat Paulus has venire, ſic accipiendum eſt, ſi modo heres, ut tales vindicet, id eſt, ut a ſe uſucaptas.

C A P. VII.

Peculia filiorumfamilias utrum in communionem hoc iudicio veniant.

Quæſtio hæc in quo conſiſtat. I.
Peculium caſtrenſe, aut quaſi ad hoc iudicium non pertinere. II.
Item nec adventitium. III.
Solum in collationem venire profectitium peculium. IV.
Contrariis occurritur. V.

I. DE peculiis filiorumfamilias crebra his titulis mentio, uti vel veniant in diviſionem, vel non veniant: quæ quæſtio omnis in eo eſt, utrum peculium filii ſit in bonis patris, an non ſit, quod ſi ſit in bonis eius, mortuo eo ſit hereditarium: ſi non fuerit, ne ex hereditate quidem ſit patris, eoque tanquam proprium filii in diviſionem hereditatis paternæ non veniat.

II. Et quidem peculium caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe conſtitutionibus proprium filiifamilias eſſe conſtat. Proinde patre mortuo, nec dum fratribus commune eſt. §. 1. *Inſtit. quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum. L.* 4. *C. hoc tit. L.* 1. §. *nec caſtrenſe*, *D. de coll. bonor.*

III. Peculium adventitium conſtitutionibus Iuſtiniani ita in fructu patris eſt, ut mancipio filii ſit proprium. *L. cum oportet*, *C. de bon. quæ lib.* ob hanc cauſſam ab eodem conſtitutum eſt, ne id in collationem veniret, *L. ultim. C. de collation.*

IV. Reſtat quod a patre profectum. Id vero relictum eſſe conſtat ex omnibus:

quod in patris bonis eſſet §. 1. *per quas per. nobis acquir.* Idem videlicet mortuo patre in hereditate patris, & ut cæteræ res hereditariæ in communionem cum cæteris heredibus veniet. Certum eſt autem Impp. Diocletiano & Maximiano liberorum peculia poſt mortem patris, in hereditatem dividendam ad communionem revocanda, *L. certum*, 13. *C. hoc titul.* nempe quæ iure civili perinde in bonis parentum numerentur, ac ſervorum peculia in bonis dominorum. §. 1. *Inſt. quibus non eſt permiſ. fa. teſt. L. placet D. de acq. hered.*

V. At Imperatores de pecuniis liberorum generaliter loquuntur, neque ullum genus excipiunt. Sed quæcunque de peculiis filiorumfamilias dicta ſunt, quaſi ad patrem aut hereditatem patris pertinerent, ſemper in his peculium caſtrenſe, & quaſi tacite exceptum eſt; quaſi nec proprie id peculium eſſet, in quo filiusfamilias pro patrefamilias haberetur: *nam peculium, filiifamilias peculium intelligitur. L. ultim.* in fin. *C. de inoff. teſt.* unde id genus ad verba ſuperioris reſcripti aut ſententiam pertinere non intelligitur. Adventitium autem peculium etſi proprie peculium fuit, & ad eius reſcripti ſententiam pertinet; tamen ei conſtitutioni poſtea conſtitutio Iuſtiniani derogavit, de qua modo dixi. Ita factum eſt poſterioribus legibus ut verba non niſi iam de peculio profectitio accipi queant.

C A P. VIII.

De donatione a Patre in filium quem in poteſtate habet; ecquid in hoc judicium veniat, ſeu quod idem valet, utrum morte patris confirmetur.

Donationem a patre in filiumfamilias collatam morte patris non confirmari; & nec in iudicium erciſcundæ vocari. I.

Contrariis occurritur; ideoque exponitur L. Filiæ, 18. Cod. famili. erciſc. II. III.

Itemque explicatur L. donationes 25. Cod. de donat. int. vir. & uxor. IV. V. VI.

Donatio a patre in filiumfamilias profecta ſilentio non quidem morientis, ſed emancipantis patris confirmatur; quæ differentiæ ratio. VII. V.

Cur ſi non hæc patris in filiumfamilias, donatio nihilominus inter virum & uxorem morte donantis confirmetur. VIII. IX.

I EST autem profectum a patre vel maxime, quod pater filio donarit, & quod idem eſt ita in filium contulit, ut ſeparatum a ſuis bonis & rationibus eſſe vellet. Quod ſi ita eſt, neque donatio ea inter patrem & filium conſiſtet, quod & certo iure receptum eſt, *L. 1. D. pro donat. L. 2. C. de inoff. dona*, quoniam nemo ſibi donare poteſt: & donatione infecta, cum rem in bonis patris manſiſſe conſtet, conſentaneum fuit, ut patre mortuo res donatæ filii præcipuæ non eſſent, ſed in communionem vocarentur. Quod ne quis dubitet, aut diverſum hic aliquid dici poter ab eo, quod de peculio, ſupra diximus: audiat quid iidem Imperatores de donatione patris reſcripſerint, quorum *L. 13. C. de collat.* hæc verba ſunt; *ſi donatione tibi poſt mortem patris quæſiſti fundum, ſoror tua portionem eius vendicare non poteſt. Nam ſi is filiæfamilias conſtituta tibi a patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.* Hactenus reſcriptum Imperatorum, ex quo intelligitur nec donationem in filium collatam morte patris confirmari, ut filiifamilias propria efficiatur.

II. Quibus reſcriptis multa contraria eſſe videntur. Primum illud, quod iidem reſcripſerunt, in hæc verba: *filiæ cuius pater nomine res comparavit, ſi non poſtea contrarium eius iuditium probetur, per arbitrum dividendæ hereditatis præcipuas adiudicari ſæpe reſcriptum eſt, L. filiæ C. h. t.* Tum maxime, quod Iuſtinianus in *L. donationis. C. de donat. inter vir. & uxor.* ſcribit donationes, quas parentes in liberos in poteſtate ſua conſtitutos conferunt, per ſilentium donatoris, confirmari; & quidem ita ut eas cum donationibus inter virum & uxorem factis eodem numero habeat: quas quidem explicati iuris eſt, morte donatoris & ſilen-

len-

lentio convaleſcere, *L. cum hic ſtatus*, §. 1. *D. de donatione inter vir. & ux.* Notum eſt, quid hic vulgo reſpondeatur: quia in poſterioribus his reſcriptis, quæ tanquam contraria adduxi, donationem ideo valere, quod in filium tanquam bene meritum collatum ſit; quaſi ullus ſit apex, unde quicquam eiuſmodi factum eſſe intelligatur: aut quaſi vicerint, ſi hoc elogio donatum ſit, donationem eo magis inter patrem & filium conſiſtere potuiſſe: poſtremo etiam quaſi coniiciendum ſit non eſſe quid donatum tanquam bene merito, quia ſimpliciter in prioribus reſcriptis donatum eſſe filio dicatur. Quorum ſi nihil dici, ne probabiliter quidem poteſt, aliam eſſe ſententiam neceſſe eſt horum reſcriptorum, atque intelligi volunt, ſi modo inter ſe non pugnent. At apparet in poſterioribus illis, nihil niſi ius antiquum commemorari. Mihi in eorundem ſententiam attendenti occurrit, merito in reſcriptis illis donationem patris in filium morte patris confirmari, aut confirmatam eſſe vetere iure ſignificari.

III. Priore illud præcipuum ſolere adiudicari filio continetur, quod pater filii nomine comparavit. Si hæc donatio eſt, nihil cauſſæ eſt, cur non vehementer hæc reſcripta ſecum adverſari exiſtimentur. Verum longe aliud eſt, donaſſe quid patrem filio: longe aliud, filii nomine comparaſſe. Donat pater cum de ſuo dat. Quod autem filii nomine comparavit, etſi pater acceperit, aut filio tradendum curaverit, numquam fit patris, neque filii, quandiu quidem pater voluntatem non mutet: non fit patris, quia ita traditio dominium transfert, ſi ea mente ſit, qui accipit, ut dominus fiat *L. in omnibus, D. de obl. & act. L. ſi ego pecuniam. C. ſi cer. pet. L. multum, C. ſi quis alt. vel ſibi:* non filii, quia ſi huic acquiritur, eadem opera acquiretur patri, quod pater noluit. Neutri igitur acquiretur. Quorſum igitur accepit pater, aut filio tradendum curavit? ut filio quæreretur: ſed tunc, cum filius ſui iuris factus ſibi habere potuit, quod mortuo patre, aut filio emancipato contingit. Quo tempore filius rem habere ſuo iure incipiet, non quod pater donavit, ſed quod pater ſibi habere noluerit. Ergo interim nullius erit, dum pater vivet? nullius, neque vero novum eſt, dominia ſub conditione transferri, & tunc res tradita acquiretur ei, cuius nomine tradita eſt, cum conditio extiterit, *L. qui abſens* §. 1. *D. de acqu. poſſeſſ.*

IV. De conſtitutione Iuſtiniani cuius initium eſt, *donationes, Cod. de donatione inter virum & uxor.* certum eſt, quod reſpondeam, non eſſe hoc illi propoſitum, ut cuiuſquam donationem, quæ antea non valuerit, ea conſtitutione confirmet: ſed hæc dicere, quæcunque per ſilentium confirmetur, hac lege confirmari, ſi intra legitimum conſtiterit, aut excedens eum modum actis inſinuata fuerit. Et in hoc genere eſſe donationes, quas parentes in filios in poteſtate ſua conſtitutos contulerunt.

V. Num ergo hæ morte patris confirmantur, ſi pater dum vixit, eas non revocavit? non hoc ſignificatur. Silentio patris confirmatur, ſed aut non omnis, aut non quævis: Si quid pater filii nomine comparavit, cuius contrarium iudicium ſecutum non ſit, & hanc donationem appellare licebit, quaſi ideo dediſſe videatur, quod cum poſſit, non ademerit arg. *L.* 1. *ſciendum*, iuncta *L.* 6. *de leg.* 3. ſane hæc donatio morte confirmabitur; idque etiam ante defendebamus. *L. filiæ* 1. *C. h. tit.* ſin donationem accipimus, quod eandem ſolum vere poſſumus, cum pater de ſuo in filium quid contulit, confirmabitur hæc quidem omnis donatio ſilentio patris: ſed morientis ſilentio nequaquam, quod ſupra ex manifeſtis locis effectum eſt: emancipantis ſilentio confirmabitur. Quod his verbis Papiniani declaratur *ex L. Donationes, §. pater, D.* de don. *Pater*, inquit, *qui filiæ, quam habuit in poteſtate mancipia donavit, & peculium emancipatæ non ademit, ex poſt facto donationem videbatur perfeciſſe:* ad conſtitutionem autem Iuſtiniani ſatis eſt oſtendi, vel uno aliquo genere donationes a patre in filium collatas per ſilentium patris confirmari. Illud quidem certum in omni interpretatione legum, perpetuo retinendum eſt, quod ab eodem Iuſtiniano accepimus, in legibus, si quid nominatim & aperte non conſtituatur, id veterum legum, conſtitutionumque regulis relictum, intelligi debere. *L. præcipimus*, in fine, *Cod. de appellation.*

VI. Neque vero lecta Iuſtiniani conſtitutione illa, de qua loquimur, quiſquam dubitabit, quin ſub conditione ita ſcripta sit, donationes, si quæ per silentium confirmentur, hac lege ratas eſſe, quæ in ea conſtitutione traditur. Num ergo quævis, num silentio quolibet? hoc ad conſtitutionem inquam nihil pertinet. Id ex vetere iure explicandum eſt.

VII. At hic etiam consiſtitur, partim illo conceſſo, quod ſupra poſuimus, par-

tim, quod de donatione inter virum & uxorem facta intelligitur. Silentio emancipantis patris inquimus, donatio perficitur, quæ ante in filium collata erat. Quid ni ergo & morientis, cum ut filius ſui iuris efficiatur, nihil interſit, emancipetur ipſe, an pater, cuius in poteſtate erat, deceſſerit. *L. 3. Cod. de inſtit. & ſubſtit. ſub condit. fact.* Quia & Iure poteſtatis, nihil refert exeat quis poteſtate morte patris, an emancipatione: in indicio & voluntate donantis plurimum. Non enim ob aliam cauſſam emancipare intelligitur filium pater, niſi ut is, quæ habet habiturusque iure eſt, ſibi habeat, eiuſque propria efficiantur. Nemo ideo moritur, ut filius quicquam habeat, ſed quia neceſſitati naturæ parere cogitur. Et ſane hoc ſentire Papinianum, cauſſam non eandem eſſe in donatione confirmanda, cum pater moritur, & cum filium emancipat, vel hoc magnum argumentum eſt, quod ipſe tunc dicat, patrem videri donationem perfeciſſe, cum emancipato peculium non ademit. Inepte definitionem de emancipante patre concepit, ſi In moriente idem Iuris in donatione perficienda eſſe intellexit.

VIII. Iam & illud dubitationem facit; utcunque de donatione a patre In filiumfamilias collata confirmanda, aut non confirmanda conſtitutum eſſe dixerimus, illud conſtat, non magis iure civili donationem inter virum & uxorem conſiſtere, quam inter patrem, & filium, quem is in poteſtate habeat. Quod ſi donationes inter virum & uxorem factæ morte donantis, quem non aperte pœnituerit, confirmantur in *L. cum hic ſtatus. §. 1. D. de don. inter vir. & uxo.* quis dubitet a patre item profectas in liberos morte patris confirmari? quanto igitur æquius eſt bona patris ad liberos redire, quam ad extraneos; quanto autem proclivius & magis ſecundum naturam, propenſiorem parentum in liberos, quam in alios voluntatem exiſtimari, *L. Nam etſi D. de inoff. teſt.* Prius autem iuris explorati. Poſterius igitur, vel multo etiam magis recipiendum eſt. Hic ego, priuſquam de ſimilitudine harum rerum reſpondeam, hoc mihi præfandum eſſe arbitror: etsi rationem diverſi Iuris reddere non poſſim, tamen hoc me putare ad reſponſionem ſatis eſſe, ſi dicam; ſive aliqua ratio ſit, ſive non ſit, recte quidem hoc conſtare, aliud de donatione patris in liberos, aliud de donatione inter virum & uxorem, placuiſſe. Iam olim temporibus Severi Imperatoris de donationibus inter virum & uxorem factis ab hærede non revocandis cautum eſt, *L. cum hic ſtatus D. de don. inter vir. & uxor.*

IX. De donatione a patre In filiumfamilias profecta hoc reſcriptum Imperatorum Diocletiani & Maximiani tam longo intervallo ſecutorum legimus, ſub titulo Codicis de collationibus: *ſi donatione tibi poſt mortem patris quæſiſti fundum, ſoror tua portionem eius vindicare non poteſt. Nam ſi is filiæfamilias conſtitutæ tibi a patre donatus eſt: cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.* Ex quo intelligitur, & donationem patris morte eius non confirmari, & illa conſtitutione, de donationibus inter maritum & uxorem confirmandis, nihil de iure donationum paternarum eſſe derogatum: quod eiuſmodi eſt, ut omnibus legibus & reſcriptis poſt ſecutis confirmaretur: quo poſito boni interpretis fuit rationem quærere potius, qua hæc varietas probaretur, aut certe obſcuram negligere, quam unius exemplo in altero genere, quod certum eſſet evertere conari. Sed huius diverſitatis probe ratio conſtat. Etenim in donatione inter virum & uxorem, quod ea prohibita eſt, iuris civilis ratione efficitur, non natura. Natura igitur & maritus & uxor donationis capaces ſunt; neque turpe eſt alterum alteri donare. Fuit igitur benevolentiæ & humanitatis non præfracte donationem inter eos, tanquam inter ineptos prohibere, ſed hoc ſtatuere, ut ita nullius eſſet momenti, ſi marito videretur eam revocare; quod ſi eum non pœniteret, heredem eripere non debere. Itaque Ulpianus hanc conſtitutionem de huius generis donatione non revocanda eo pertinere dicit, ut aliquid ex rigore eius relaxetur. *L. cum hic ſtatus* in pr. *D. de dona. inter virum & uxor.* aperte prohibitionem donationis ex rigore iuris civilis eſſe Innuens. At donatio inter patrem & filiumfamilias quod non conſiſtit, non iuris civilis prohibitione fit, ſed rei natura. Hoc expoſito, quicquid filius acquirit, acquirere patri, cuius in poteſtate eſt, non poteſt pater filio donare, ut quod donatum eſt, filii efficiatur: nec ſi moriens eandem inculcet donationem quicquam egerit, ut filio donationem confirmet, quæ vivo eo valere non potuit, poſt mortem autem ideo non valebit, quia nec mortis cauſſa donatum, nec legatum eſſe a patre proponitur.

CAP.

C A P. IX.

Vocari in hoc iudicium etiam quod hereditarium non ſit, ſi eiuſmodi ſit, ut iure conferri oporteat: & de collatione.

Tranſitio. I.
Emancipatos ad ſucceſſionem patris vocatos conferre bona ſua cum liberis qui in poteſtate manſerunt, & quare. II.
Extraneus vero aut liberi, & hi quidem ſive omnes emancipati ſive ſui nihil conferant, & quare. III.
Excipitur dos filiæfamilias, & quare. IV.
Emancipatorum bona conferenda omnia, quæ hi a patre donata acceperunt. V.
Etiam ſi illa fuerint donata ſimpliciter: Hoc quale ſit, adverſus iuris interpretes fuſius explicatur. VI. VII. VIII. IX.
Quando illa ex iure veteri conferri debuerunt. X.
Et quid ex iure Iuſtinianeo. XI.
Bona conferre quid ſit. XII.

I. ERgo quicquid horum eſt, quod ſupra attigi; ideo in communionem cum reliquis heredibus hoc iudicio vocatur, quia ſit hereditarium, ſeu quia fuerit in bonis patris: ſi quid non venit, cauſſa in eo eſt, quod fuerit in bonis filii, eoque nec ſit in hereditate patris. Quibus confirmatur, quod poſui, id demum venire in hoc iudicium, quod hereditarium ſit, quod in alia cauſſa ſit, non venire. Quod ſic accipi convenit, niſi heres conditione perſonæ ad collationem bonorum ſuorum vocetur. De rebus & quæ ſuapte natura in hoc iudicium cadunt, loquimur. Sed eſt etiam cum heres de ſuo conferre cæteris coheredibus debeat.

II. Quod in quibus receptum eſt, non erit dubitandum, quin hoc iudicio ad eam collationem cogantur. *L. filiam, C. de collat.* Quo tempore primum emancipati liberi, cum iis, qui in poteſtate manſerant edicto prætoris ad ſucceſſionem patris vel inteſtati, vel tanquam inteſtati admiſſi ſunt, bonorum poſſeſſione contra tabulas, aut unde liberi, petita: Iniuria quæ ex communicatione bonorum iis, qui in poteſtate fuerant, inferri videbatur, initium & cauſſam collationi bonorum dedit. Iniuria non tantum in eo fuit, quod iis pars bonorum avocatur, quæ lege 12. tabularum tota ſuorum heredum erant, (quod quidem ferendum fuit, cum res hoc facto ad æquitatem naturæ revocaretur. Emancipatio enim naturam non mutat: neque facit, ut qui filius fuit, eo minus eſſe intelligatur, quia emancipatus fuerit) ſed in eo maxime, quod in perceptione bonorum deteriorem eſſe conditionem ſuorum heredum neceſſe eſt, quorum meliorem eſſe conveniebat. Nam quicquid filius, qui in poteſtate manſit, acquiſierit, id totum fuit patris, *L. placet, D. de acq. heredit.* *§. 1. Inſt. quib. non eſt per. fa. teſt.* & quia patris, etiam mortuo patre, tanquam ex eius hereditate cum emancipatis commune eſſe neceſſe fuit. *L. certum, C. fa. ercif.* Contra filius emancipatus, quia ſui iuris eſt, quicquid acquirit, id ſibi habet: eoque nec ad hereditatem patris pertinet, ex qua id ſolum eſſe intelligendum eſt, quod ille moriens habuit. *L. nihil D. de verb. ſig.* Ne frater quidem, igitur is, qui in poteſtate manſit, id commune cum emancipato habebit. Ita fit, ut hic bonorum fraternorum particeps ſit; ille bonorum emancipati nullam partem capiat, quæ inæqualitas in primis eſt contra naturæ actionem. Ergo ut emancipatos ad ſucceſſionem vocavit prætor, ita vocavit, ut res ad æquabilitatem revocaretur, dum hac lege emancipatos admittit, ſi bona ſua conferrent, qui appetunt paterna, in quibus & fratris bona ſunt, qui in poteſtate manſit. *L. 1. in princ. L. 3. §. emancipati, D. de coll.* Ex quo intelligitur, quod in hac cauſſa quærendum fuit, qui, quibus, quæ conferre debeant, & quando. Emancipati videlicet iis, qui in poteſtate fuerunt, conferre debent. *L. 3. §. quoties, §. emancipati de coll. bon.*

III. Ergo extraneus eſt, qui cum filio a patre heres sit inſtitutus? nihil hic de ſuo conferet, ut admittatur, neque enim hic quicquam filio aufert, ſed voluntas & iudicium patris liberi ſunt, & omnes emancipati? inter hos collatio locum non habebit. *L. ſi emancipati, Cod. de collat.*

cum

cum nemo aliter quicquam auferat, ſed pari iure ad hereditatem vocentur, & ſi quid ante habuerunt, id quiſque ſibi retineat, neque cum altero communicet. Fuerunt omnes in poteſtate patris, cum is moritur? ne hi quidem invicem conferent. Peculium caſtrenſe & quaſi caſtrenſe, ſi quod habuerunt, iis præcipuum eſt. *L. 1. §. nec caſtrenſe, D. de coll. bon.* cætera in communionem quidem veniunt. *L. filia §. 1. C. de coll.* Verum ideo, quia hereditaria ſunt, veniuntque eadem lege, qua cætera, quæ in bonis defuncti fuerunt: non quod a fratribus de ipſorum bonis conferantur, quæ ipſorum propria non fuerunt. Ex iis unus emancipatus eſt, alter in poteſtate manſit? multo minus emancipato conferetur. *L. 1. §. portiones, D. de coll. bonor.* non quod filiusfamilias ſi quid vivo patre quæſivit, id patre mortuo habeat præcipuum, nec ſit cum emancipato commune. *d. L. filiæ, §. 1. Cod. de coll. L. certum, C. fam. erciſ.* ſed quia id hereditatis iure ſit, quod hæc in hereditate patris numerentur: non collatione bonorum, quæ ab iis tantum conferri dicuntur, quorum propria fuerunt.

IV. Hic tamen dos filiæfamilias item donatio a patre in filiumfamilias profecta excepta eſt. Dotem filiafamilias non ſolum fratribus in eadem poteſtate conſtitutis conferre cogitur, ſed etiam emancipatis: illis & profectitiam & adventitiam, his profectitiam *L. 3. L. filiæ 12. Cod. de collation. titul. D. de collation. dot.* Et quoniam eodem iure eſſe placeat donationem propter nuptias, etiam filiusfamilias hanc & fratribus & ſororibus confert. *L. ut liberis, Cod. de collation.* Cur ergo ex omnibus filiifamilias bonis dos potiſſimum excepta? Quia cætera, ut olim ius fuit, in bonis patris fuerunt: idcirco ſatis ſua ſponte communia ſunt, non dico, fratribus, ſed etiam heredibus omnibus, qui patri ſucceſſerunt. Illud in dote ius ſingulare, ut filiæ tanquam proprium patrimonium numeraretur etiam vivo patre: mortuo patre filiæ eſſet præcipua. *L. 5. §. ſed utrum in fin. D. de iure L. Pomponius Philadelphus, D. h. tit.* Quare ſi cum fratribus communem eſſe vellemus, neceſſe fuit eam ad collationem vocari. Æquum autem fuit communicari æqualitatis inter fratres conſervandæ cauſſa.

V. Relinquitur, ut hac ſpecie excepta, ſoli emancipati fratribus, qui in poteſtate manſerunt, conferre debeant. Quæ autem debuerunt conferre? Exigit edictum, ut bona, quæ quidem habuerunt eo tempore, quo pater moritur. *L. 1. in prin. L. 2. §. Illud. L. 3. §. quoties. §. emancipati. de coll. bo. L. ea demum. L. ſi donatione C. eod.* Unde liquet, ſive a patre donata eſſent, ſive aliunde, ea conferri debuiſſe. Et recte ſcilicet, quia non profectitium ſolum peculium filii, qui in poteſtate manſit, ſed etiam adventitium fratribus commune erat poſt mortem patris, ideo, quia hereditarium. Sed poſtquam peculium adventicium proprium filiifamiliæ certum eſt conſtitutionibus: conſentaneum fuit, ne id quoque a fratre emancipato conferretur, quod aliud quam a patre accepiſſet, quod & a Iuſtiniano conſtitutum eſt. *L. ult. C. de coll.* Ita ſolum emancipati tunc conferent, quæ a patre donata acceperunt.

VI. De quibus hoc placere interpretibus noſtris video, ne aliter hæc ipſa conferantur, quam ſi ea lege a patre donata fuerunt, ut conferrentur. Ducuntur in eam ſententiam verbis conſtitutionis Iuſtiniani, in qua ad hunc modum ſcriptum eſt: *ſi qui ſint ex fratribus, qui donationem propter nuptias, aut dotem a parente acceperint: quorum utrumque ad collationem vocari conſtat: ſint autem alii, quibus ſimpliciter a patre quid donatum ſit; ne qua inæqualitas efficiatur, eos quoque qui donationem ſimplicem habent, hanc conferre debere: neque recuſare collationem ex eo, quod ſimplex donatio non aliter confertur, niſi huiuſmodi legem donator tempore donationis ſuæ indulgentiæ impoſuerit:* hæc enim extrema verba ſunt conſtitutionis. *in L. penult. C. de coll.*

VII. Quæ quidem ego, ſi nihil aliud de iure vetere proponatur, non dubitem ita accipi debere, ut illi fecerunt, ſimplicem a patre profectam in collationem venire. Sed cum tota conſtitutio ſuperior ex conditione veteris iuris pendeat, ut dicat Iuſtinianus eam donationem conferri debere, in ſuperiore ſpecie, ne quod iniuſtum oriatur: nempe ex vetere iure, ſi ut id ius fuit, filius eam donationem conferre non cogatur: inſpiciendum arbitror, quod nam ius de ea re, ex aliis locis oſtendatur. Id ſi doceri poteſt aliud fuiſſe, quam iſti volunt, non hac conſtitutione id immutandum eſſe, in qua nihil tale Iuſtinianus propoſitum ſibi eſſe dicit: ſed ex illo conſtitutionem eſſe interpretandam. Videamus autem, num id in iure fuerit, ut quicquid filius emancipatus haberet, bona denique conferre deberet. Quod quidem non obſcuris locis traditum eſt, quos notare ſit ſatis. *L. 1. in prin.*

L. 2.

L. 2. in prin. & §. 1. *L.* 3. §. *quoties* §. *emancipati*, *D. de coll. bon.*

VIII. Quid autem in his nominatim immutatum eſt, niſi ut res, quæ parentibus ex conſtitutionibus patri non acquiruntur, id eſt, quæ aliunde obveniunt, quam a patre, ne conferantur? *L. ult. C. de coll.* Ex quo intelligitur etiam nunc ea manſiſſe ad collationem, quæ a patre profecta ſunt, quocunque modo ſint donata. Quinimo etiamsi nulla lex vetus proponeretur, quæ emancipatos ad collationem bonorum vocaret: tamen vel hæc Iuſtiniani conſtitutio, quæ bona adventitia excepit, id confirmaret; hæc bona olim ab emancipatis conferri debuiſſe, quanvis ſimpliciter eſſent donata. Quod ſi hæc debuerunt, quanto magis illa debuiſſe dicemus, quæ a patre donata erunt? ſiquidem multo æquius eſt, filios bonorum paternorum fieri participes, quam eorum, quæ aliunde ad fratres venerunt. Quod, an dubium eſſe poteſt, In his Leonis Imperatoris verbis? ex *L. ut liberis*. in fi. *C. de coll. Emancipatis videlicet*, inquit, *liberis utriuſque ſexus, pro tenore præcedentium legum, ea quæ in ipſa emancipatione a parentibus ſuis, ut aſſolet fieri, conſequantur, vel poſt emancipationem ab iiſdem parentibus acquiſierint, collaturis*. In quibus illa verba, *pro tenore præcedentium legum*, nihil aliud ſignificant, niſi velle Imperatorem hæc conferri, ut & præcedentibus legibus cautum erat.

IX. Quid ergo ſibi vult conſtitutio Iuſtiniani, quæ id cavit, inæqualitatis vitandæ cauſſa, ut filius ſimplicem donationem tunc conferre cogeretur, cum aut a fratribus, donationem propter nuptias, aut a ſororibus dotem percipit ex collatione: niſi hoc ius antea fuit, ne hoc donationis genus conferretur? Nimirum, hoc eſt: ius hoc ita fuit in aliquibus generibus; non fuit in omnibus. Si quid pater filii quem in poteſtate habet nomine comparaſſet, hoc Ius valuit, & iure valet, ut mortuo patre filii præcipuum eſſet, neque cum fratribus communicaretur, ut ſupra diximus, *L. filiæ*, *C. famil. ercisc.* Hoc vult Iuſtinianus, ſi qua eiuſmodi donatio a patre in filiumfamilias ſit profecta, etiam hanc tum confere debere, cum fratres dotem aut donationem propter nuptias ab eodem patre acceperint. Sub conditione enim loquitur conſtitutio, quod nobis expendendum eſt: ſi eveniet, inquit, ut donatio ſimplex conferenda non ſit pro iure vetere, etiam tunc conferri debebit, cum fratres dotem aut donationem communicabunt.

X. Et hæc quidem bonorum ratio, quæ conferri debeant. Ea tunc ex edicto & iure vetere conferri debuerunt, cum aut filius bonorum poſſeſſionem contra tabulas petiiſſet, aut alioqui pater inteſtatus deceſſiſſet, *L.* 4. *L. ut liberis*. *C. de coll.* ſi inſtitutus a patre cum fratribus ſuccederet, non vocabatur ad collationem; quia nullam iniuriam faceret fratribus, ad quos de bonis patris nihil amplius pertinere potuit, quam concederet iudicium patris, *L.* 1. *de coll.* hinc eſt, quod *in L. Pomponius Philadelphus D. eod.* a Papiniano reſponſum legimus, filiam quod dotis ſit, præcipue habere contra quam a nobis de dote ſupra dictum videri poteſt; quippe filia a patre inſtituta proponebatur, hoc caſu dotem non conferret, *d. L.* 1. *C. de coll.*

XI. Iuſtiniano autem in *Novella decimaoctava, de trient. & ſemiſſe.* viſum eſt, ſive teſtatus ſive inteſtatus moreretur pater, conferre eos debere, qui prioribus legibus ab inteſtato ad collationem vocabantur; niſi quid a teſtatore exciperetur, quoniam incertum ſit, inquit, oblitusne eorum quæ dedit, an mortis perturbatione prohibitus, ea de re mentionem non fecerit.

XII. Conferre autem bona eſt bona in iudicium ferre, ut cum fratribus communicentur partibus hereditariis. At quas olim diceremus portiones collationum ut Ulpianus exemplis probat *in L.* 1. §. *portiones*, *D. de collation. bonor.* quia tunc ſolum collationi locus erat, cum inteſtato ſuccederetur; lege autem inter heredes ex æquo hereditas dividitur. Nunc, cum ab inſtitutis etiam collatio exigatur, hereditarias dicere oportebit, ut pro qua parte quiſque heres erit, tantum ex collatione bonorum fraternorum capiat.

CAP.

Digitized by Google

C A P. X.

Non venire in diviſionem, quod commune non ſit, quanvis ſit hereditarium, &c.

Quod hereditarium eſt, ita ad hoc iudicium pertinere, ſi ſit commune inter heredes. I.

Hereditarium quod eſt, poteſt commune non eſſe tribus modis. II.

1. *Cum fundi hereditarii partem unus heres alienavit; ſive duo ſint, ſeu plures heredes.* III.

Contrariis occurritur; & I.C. Pauli ſententia in L. heredes 25. §. ſi teſtator *D.* famil. erciſc. *illuſtratur.* IV.

2. *Cum res a iure diviſa eſt inter heredes; quod tale ſit.* V.

3. *Cum res ſuapte natura eſt individua, ideoque tota ſingulorum.* VI.

I. ERgo ut ad id, quod propoſitum eſt, revertamur; non veniet io diviſionem hereditatis, quod non ſit hereditarium: niſi cuius bona ad collationem vocentur. An igitur venit omne, quod eſt hereditarium? non ſtatim: ſed ita, ſi ſit inter heredes commone, ut a communione diſcedatur. *L.* 1. *D. eod.*

II. Poteſt autem quod hereditarium ſit, non eſſe commune. Id tribus modis efficitur: Si unus rei communis partem alienavit: ſi qua res inter heredes ſua ſponte diviſa ſit: ſi qua ita ſit omoiom heredum, ut ſingulorum tota ſit, non pro parte.

III. Si fundi hereditarii partem heres alienavit: a communione receſſum eſt, placetque ideo in hanc actionem fundum non venturum. *L. ex hereditate*, 54. *D. eod.* Et quidem cum eo, qui alienavit, plane hoc ludicium non erit. At, quid ſi fingamus, plures heredes fuiſſe, qoam duos, ex quibus unus duntaxat partem alienavit: nonne recte dicemus quod reliqnum eſt inter cæteros hoc iudicio dividi poſſe, cum inter eos & hereditariom, & commune manſerit? Minime, planeque io hoc iudicium ſundus non veniet, hocque eſt, quod Neratius ſenſit cum ſupériore ſpecie ita ſcripſit in *d. L.* 54. *Utrum autem unus heres partem ſuam non alienavit, an plures, nihil intereſt: ſi modo aliqua portio, alienata ab aliquo ex heredibus, hereditaria eſſe deſiit.* Fit hoc huius iudlcii natura, quod tale eſt, ut nihil agatur, niſi in omnium heredum perſona inter quos actum eſt, aut omnium rerum adiudicationes & condemoationes fiant. *L. in hoc iudicio.* 27. *D. eod.*

IV. Sed non immerito huic ſententiæ contrarium videri poteſt, quod ex Paulo io *L. heredes*, 25. §. *ſi teſtator*, *D. eod.* ita ſcriptum eſt: *ſi teſtator rem communem cum extraneo habebat: ſive res ſuæ partem alicui legavit, ſive heres ante iudicium familiæ erciſcundæ acceptam partem ſuam alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quæ teſtatoris fuit, alicui iubeat tradi*, ut illa verba, *ſive rei ſuæ partem alicui legavit*, acceperimus: ita contrarius locus erit priori ſententiæ, aut non erit contrarius; ambigua & oratio eſt. Poteſt hoc, *legavit*, ſic accipi, ut ſubaudiatur teſtator: poteſt hoc modo, ut ſubaudiatur extráneus. Si teſtatorem legaſſe intelligimus, quod ſane præclare erat ex forma orationis, cum res de eo propoſita eſſet; negari non poteſt, quin locus ſit contrarius. Itaque cum Accurſius ita acciperet, meras nugas ad eum locum attulit, planeque verborum ſenſum pervertit. Sin extraneum legaſſe intelligimus, locus non diſcrepat: ſed hanc ſententiam exponunt. Si teſtator rem cum extraneo communem habeat, quanvis extraneus heres inſtitutus partem ſuam alienaverit: nihilominus ea pars, quæ teſtatoris fuit, manebit hereditaria, eademqoe omnium heredom communis; & ideo in iudicium quoque veniet. Quod præclare conveoit: hoc enim ſolum qoærimus, ne quid de ea re, quæ teſtatoris fuit, ab herede alienetur. Si qoid heres de ſuo proprio alienet, quanvis in re cum defuncto, eoque & cum cæteris coheredibus ſuis communi, ad rem non pertinet, neque hoc iudicium mutat. Non modo hanc ſententiam ratio ipſa, & locus contrarius flagitat: ſed etiam ipſius Pauli verba, quibus non obſcure

ſcure significat, in ea re, quam teſtatori cum extraneo communem dicit: partem teſtatoris manſiſſe, aliam quandam fuiſſe alienatam. Ne quis autem hoc loco in hoc ſcriptore iſtam ſcribendi rationem admiretur; ita perturbate & alibi ſcribere conſuevit, cui rei certiſſimo documento erit, *L. ſi pignori, h. t.* ne longius abierimus. Sed ne labnremus, quæ hoc loco propoſiti conturbatio, eſt eadem prorſus, ſed manifeſta apud eundem eſt, *in L.* 12. *D. de novat. Si quis*, inquit, *delegaverit debitorem*, *L. ea qua. C. eod. qui doli mali exceptione, ſe tueri poſſe ſciebat, ſimilis videbatur ei, qui donat*. Similem ex verbis intelligeremus eum, qui delegavit; nam de eo propoſuit, non ita eſt, debitorem intelligit, ſimilis videbitur, ſupple debitor, ut locus manifeſte arguit.

V. Altero modo fieri diximus, ne res ſit communis, ſi ſit iure inter heredes diviſa. Id enim commune, quod ita meum eſt, ut ſit etiam alterius. *L. illud de ritu nupt.* Porro rebus diviſis unuſquiſque partem ſuam habet, ut quod cuique obtigit, id ſolus teneat, neque inde quicquam alius vindicet. Ita non eſt commune, quod diviſum. Huius generis nomina ſunt hereditaria: id eſt, quod teſtator debebat, & quod teſtatori debebatur. *L. ea quæ. C. eod.* Hæc ita L. 12. tabu. inter heredes dividuntur, ut ſi quid teſtatori debitum fuit, ſinguli heredes pro portione hereditaria eo nomine adverſus debitores habeant actionem: ſi quid ille debeat, heredes ſinguli pro hereditaria portione teneantur. *L.* 1. *L.* 2. *Cod. hered. acquir. L.* 1. *Cod. ſi cer. pet.* Idcirco convenit hæc in iudicium familiæ erciſcundæ non venire. *L.* 2. *§. ult. D. eod.* Quod hanc vim habet: ut iudex qui de hereditate dividenda ſumptus eſt, nomina uni alicui adiudicare non poſſit, ſive quod idem eſt, nomina ſolida ita alicui attribuere ut vel ſolus ipſe habeat ſuo nomine actionem, vel ſolus creditoribus teneatur. Poſſunt tamen, ſi res exigere videatur, pro ſolido alia alii attribui, ne ſolutio vel exactio particularis aliquid incommodi afferat. Sed ita ut ſive agendum ſit, is cui nomen attributum eſt, partim ſuo, partim procuratorio nomine agat: ſive contra cum eo agatur, partim ſuo, partim procuratorio nomine conveniatur, de hac attributione *Caius in L.* 3. *D. eod.*

VI. Res hereditariæ quædam ſunt; quod tertium genus erat, quæ ſingulorum heredum totæ ſunt. Tales ſunt actiones earum rerum, quæ res ipſæ dividi non poſſunt, cuiuſmodi eſt: ſi quis viam ſtipulatus ſit. Neque ſtipulatoris heredes viam pro parte petere poſſunt, & ſi cum heredibus promiſſoris agetur, a ſingulis ſolida petitio futura eſt. *L. via de ſervit.* Non igitur, huiuſmodi ſtipulationes, promiſſionesve, in hoc iudicium venient. *L. heredes, §. An ea ſtipulatio. D. eod.*

C A P. X I.

Quædam quanvis hereditaria & communia in huius iudicii diviſionem non venire.

Tria licet hereditaria & communia non venire in hoc iudicium. I.
1. *Quod noxium eſt, & paratum dumtaxat ad nocendum. Quod tale ſit* II.
2. *Quod ſcelere eſt, & malis artibus quæſitum. Quotuplex hoc, & quare in hoc iudicium non veniat*. III.
3. *Quod heredum uni prælegatum, aut uni teſtatoris iudicio datum ab altero*. IV.

Cuius generis, & quæ ſint. V. VI. IX.

Et cur illa præcipere filiusfamilias poſſit ac debeat. VII. VIII.

I. SUnt res & hereditariæ & communes. Sed hæ denique ad diviſionem hujus iudicii natura ſua pertinebunt: Quæ tamen excipiuntur, magis æquitate rei & judicii, quam rerum natura. In hoc numero ſunt hæc tria; si quid noxium sit, ſeu ad nocendum tantum paratum: si quid ſcelere & male partum: si quid alicui ex heredibus debeat eſſe præcipuum; quod poſtremum sic in hoc iudicium non venit, ut dividi inter heredes non debeat: venit tamen hactenus, ut officio iudicis

in ptæcipuum ſerat, cuius eſſe oporteat. *L. ſi qua, C. h. tit.*

II. Si quid noxium ſir, in hoc iudicium non venit, cuius generis mala medicamenta, libri magici, etſi qui ad contumeliam omnipotentis Dei ſcripti ſunt. Idcirco, quod cum vim tantum habeant nocendi, a iudice, quem viri boni & innocentis officio fungi oportet, retineri non debent, præſertim in iudicio bonæ fidei, quale hoc iudicium eſt. *L.* 4. *§. mala, D. eod.*

III. Non venit, ſi quid ex peculatu vel ſacrilegio, ſi quid vi, aut clam aut latrocinio, aut aggreſſura quæſitum eſt. *L.* 4. *§. ſed & ſi quid, D. eod.* Duabus de cauſſis: vel quod teſtatoris non fuerunt, eoqoe non ſunt hereditariæ: vel quod ſi quis vi extorſerit, ut sibi a domino traderentur, atque ita ipſe dominus factus eſt: rerum turpiter quæſitarum nulla ſocietas, nulla communio eſt. *L.* 1. *§. plane, de tut. & rat. diſt. L. nec permittendum, D. pro ſocio.* Sed neque turpitudinem rei geſtæ iudex adiudicatione ſua comprobabit,

IV. Quædam vero uni alicui præcipua eſſe debent. In omnium heredum perſona id præcipuum eſſe debet, quod cuique voluntas teſtatoris detulit. Quam conſervari in primis ad officium iudicis, familiæ erciſcundæ pertinet. Id autem eſt, ſi quid uni prælegatum, aut fideicommiſſum eſt: *L. ſi qua L.* 4. *§.* 1. *D. eod.* quod genus legati, quia hoc iudicio ante cæteros in diviſione hereditatis ab herede caperetur, dictum eſt præceptio, auctore Theophilo in *§. L. Inſtit. de L.* ſic nominatur *in L. heredes, §. ultim. L. rem pignori, D. eod.* ad eandem rationem pertinet, & quod uni ab alio datum eſt iudicio teſtatoris. Nam id quanvis hereditarium fuerit, eius proprium eſſe debebit, cui datum eſt.

V. Tales ſunt nummi peculiares, a ſtatu libero conditionis implendæ cauſſa dati, quos quidem hereditarios eſſe, & iure hereditario capi conſtat. *L. id autem, D. ad L. Fal.* Recte tamen dari a ſtatu libero ad conditionem implendam, ſi hac lege manumiſſus ſit, ſi decem daret; dari & voluntate teſtatoris. *L.* 3. *de ſtatu lib.* Ideo heredi ex hac cauſſa datos dandosve, & præcipuos eſſe convenit *L. filia, §. ult. D. eod.*

VI. In filii autem familiæ perſona duo ſunt genera rerum; quas ille patri ſuccedens præ cæteris capere debeat. Primum, ſi quid ex ſuo contractu debuit, quo nomine & vivus pater teneretur. Tenetur autem ex his cauſſis pater, ſi filius iuſſu patris contraxit: ſi in rem patris verſum eſt: ſi filius peculium habet. vide *titulum Inſtit. Quod cum eo*, poſtremo ſi filiusfamilias magiſtratum ſuſcepit, conſentiente patre, & vivo patre aliquid ex ea cauſſa reliquatus eſt. *L.* 2. *D. ad municip.* Nempe quicquid ex his cauſſis pater debuit, filium præcipere poſſe dicimus: ex cæteris ſolidum, ex quibus quoque ſolidum pater debuit; ex cauſſa peculiari ſolum peculium, quia pater & de peculio tantum teneretur. De liberis prioribus traditur in *L. ſi filia, §.* 1. *D. eod.* de reliquatione muneris publici eſt in *d. L. ſi filia, §. idem ſtabit, & ſequ. L. ex parte, §. filius, D. eod.*

VII. Qua ratione autem hæc filiumfamilias præcipere debere dicimus? quia hoc patris æs alienum ut eſt, innuit Ulpianus in *d. L. ſi filia, §. Item, ſcribit:* cuius tamen nomine ſolus filiusfamilias in ſolidum tenetur, ſi creditores velint. Conſtat enim omnibus cauſſis filiumfamilias obligari, non ſecus, quam paterfamilias *L. tam ex contractibus D. de ind. L. filiusfam. D. de oblig.* Neque vero æquum eſt, ut qui ex parte tantum heres ſit, hunc ſolum æs alienum agnoſcere,

VIII. Immo, hic dicat aliquis, ſolum filiumfamilias id præſtare æquum eſt, quod ipſe contraxit; cum hoc ipſius æs alienum videri debeat potius, quam patris: quod ille magis, quam pater debuit. Dicendum eſt, ſi creditorem ſpectemus, filiifamilias obligationem eſſe, qui creditori teneatur ideo, ne creditor decipiatur. Quod ſi res inter patrem & filium agetur; re vera una patris obligatio eſt. Quod inde intelligere poſſumus, quod pater conventus eo nomine ſi aliquid præſtiterit, ipſe a filio non queat repetere. Et nimirum ita res habet: quemadmodum ex filii perſona omne commodum capit pater, ita incommoda ex eo ſi qua ſunt agnoſcere eum æquum eſt, *L. ex qua perſona D. de reg. iur.*

IX. Præter hæc & filiusfamilias maritus uxoris ſuæ dotem præcepit, ſi forte patre vivo data eſſet. Non & ipſo iure ad filium redit, quanvis maritus ſit. Quippe ſocero data illi ipſi acquiritur, & ut data non eſſet; tamen olim iure poteſtatis illi quæreretur, & quoniam eius fuit, eo mortuo, heredis quoque eſſe, ut rem hereditariam neceſſe eſt. Quod cum non ſit æquum; eam hoc iudicio filius præcipuam obtinebit. *L. ſi filia, §.* 1. *L. fundus,* 51. *D. eod.* Ideo autem non eſt æquum apud alium eſſe hereditatem, quam apud maritum. Quod dos matrimonii

monii oneribus ferendis datur. *L. pro oneribus, C. de iure dot. L. ſi pater, D. eod.* Onera porro matrimonii ſolum maritum ſequuntur. Et dos igitur eum conſequetur. Itaque quanvis filius heres a patre non ſit inſtitutus, aut ſit ſub conditione: placet tamen antequam conditio extiterit, filium dotem præcipere, ſive habere ſibi debere *L. ſi maritus, D. eod.*

C A P. XII.

De perſonalibus huius iudicii præſtationibus.

Præſtationes huius iudicii perſonales quid ſint. Eas in tribus verſari. I.
1. *In eo quod de ſuo abeſt alteri; idque ex facto coheredis aut ſuo.* II.
Ex facto coheredis quomodo. III.
Ex Suo *autem, cum vel utiliter gerit, aut quaſi heres hereditarium negotium utiliter; quatenus.* IV.
Quaſi heres quando rem gerat aut ſecus. V. IX.
Num talis rem gerat, aut ex perſona æſtimari, aut ex re. VI.
Ex perſona quomodo. VII.
Ex re quot & quibus modis. VIII.
2. *In eo quod uni abfuturum eſt ex ſuperioribus cauſſis præſtatio hac in re diſſimilis, & quomodo.* X.
3. *In eo quod quis de hereditate minus habet ex facto coheredis, eoque triplici.* XI.
1. *Si quid de rebus hereditariis ad unum pervenit; hoc quale ſit, & cur id huic uni obnoxium iudicio.* XII.
Quare pretium rei hereditariæ ab uno perceptum non veniat in hoc iudicium. XIII.
Sed illud potius ad petitionem hereditatis pertineat. XIV.
Qui I. C. Pauli ſenſus in L. inter, §. ſi coheredes, *D.* famil. erciſc. XV.
2. *Si quid per unum damni factum eſt, Hoc quale ſit, & quo alio iudicio reus teneatur.* XVI.
3. *Si quid per unum aliquem factum quominus aliquid quæratur coheredi.* XVII.
In omni eo quod abeſt, dolus & culpa præſtari debet. XVIII.
Præſtationes hæ cur dicantur perſonales; unde illarum obligatio. XIX.
Iudicium hoc erciſcundæ eſſe cum in rem, tum in perſonam, & quare. XX.

I. RES quæ eſſent, quæ in diviſionem huius iudicii venirent, diximus. De perſonalibus præſtationibus videamus. Præſtationes perſonales vocamus, quicquid coheres, quod non ſit hereditarium coheredi præſtare propter communionem hereditatis debet. Hæ tribus in rebus verſantur. Nam aut in eo ſunt, quod coheredi de ſuo abeſt per cauſſam hereditariam; aut in eo, quod ex eadem cauſſa, abſuturum eſt, aut eo, quod minus habet de hereditate, quod quidem per heredem factum ſit, fiatve, quominus habeat.

II. Quod alteri abeſt, id coheres hoc iudicio exigit a coherede duabus de cauſſis; ſi abſit vel ex facto coheredis; vel ſuo, dum negotium hereditarium gerit.

III. Ex facto coheredis contingit, ut cæteri coheredes quid præſtent, cum ſtipulatione aliqua a defuncto interpoſita ne quid fiat, vivus contra eam ſtipulationem committit. Sic enim fit, ut cum pro parte peccari non potuerit, ſtipulatio in ſolidum committatur: ea commiſſa, omnes quanvis nihil deliquerint, teneantur, quia promiſſio ſit hereditaria, cuius conditio extiterit. *vide L. heredes, §. contra L. inter, §. quod ex facto, D. hoc tit. L. 2. §. ult. de verb. oblig.* Verum aliis nocere, quod alius deliquerit, non decet.

IV. Negotium hereditarium gerendo, heres alios coheredeshoc iudicio ſibi obligat, ſi utiliter & quaſi heres geſſit. Gerit utiliter, qui pro commodo hereditatis gerit, dum vel heredes liberat æs alienum ſolvendo, aut res hæreditarias ſervat ſuis ſumptibus, aut meliores facit. Hi ſunt ſumptus, quos in hoc iudicium venire dicimus. *L. his conſequenter, §. ſumptum, D. eod. L. filiæ. §. 1. C. eod.* Quod contra impenſum eſt, nulla utilita-

te ſcilicet rei hereditariæ, neque hoc iudicio exigitur, neque negotiorum geſtorum actione. Exempla cognoſce ex his locis. *L. inter, §. quod ex facto. L. qui. heres D. eod.*

V. Quaſi heres autem rem hereditariam gerere intelligitur, non qui ideo gerit, quia expedire cæteris putat, ubi nulla neceſſitas communionis rem totam gerere eum cogat: nam alioqui etſi heres non eſſet, idem facere poterat: ſed qui aut ſolus cogebatur in totum, aut ideo partes quoque cæterorum attingit, quia ſuam ſine illis, quæ coniunctæ erant, attingere non potuit. Unde intelligatur eum propter neceſſitatem communionis hereditariæ gerere neceſſe habuiſſe, ſi ut heres ſuam vellet gerere. Itaque in hac ſola neceſſitate gerendi, huic iudicio locum eſſe placet: ubi nulla neceſſitas fuit, negotiorum geſtorum actioni. *L. heredes; §. ſi vivus, & §. non tantum, D. eod.*

VI. An pro parte rem exſequi non potuerit heres, alias ex perſona, quæ impendit, alias ex re æſtimandum eſt.

VII. Ex perſona, ſi is fuit heres, qui in ſolidum de nomine hereditario appellaretur, re alioqui per ſe dividua. Qualis eſt filiusfamilias heres, qui ſolvit, quod vivo patre contraxerat, cuius nomine & pater tenebatur: hunc quidem in ſolidum conveniri poſſe ex ſuo contractu iam diximus. *L. tam ex contractibus, D. de iud.* ut ſi ſolverit, non voluntate eam ſolviſſe, ſed quia ita cogebatur, appareat. Iam vero & hoc æs alienum patris eſſe, ſupra oſtendimus. *L. ſi filia, §. idem ſcribit, D. eod.* Quod ii patris; & heredum. Ita hoc ſolvendo, cæterorum negotium hereditarium geſtum intelligitur. Merito igitur, ut re integra huius æris alieni filio præceptionem damus: ita hoc ab ilio diſſoluto, & pro parte adverſus coheredes damus, familiæ erciſcundæ actionem. *L. his conſequenter, §. filiusfamilias, D. eod.*

VIII. Ex re id æſtimatur, ſi res, quam fieri vel oportebat, vel expediebat, aut diviſionem ipſa per ſe non recipit, quod genus eſt, inſulam ædificare, opus aliquod facere, quod teſtator iuſſerit, item locare ædes, agrum colere, iumenta paſcere, quia neque operis pars eſt, antequam opus extet, neque partem meam attingere poſſum, ut alienam non attingam, quia confuſæ ſunt: *L. inter, §. 1. D. eod. L. ſi is qui quadringenta, §. 1. D. ad L. falci. L. in executione, §. ſecundo, D. de verb. oblig. L. ſi quis putans, §. 1. D. comm. divid.* quod genus item rem hereditariam quæ tota petebatur, non pars, iudicio defendere: *L. ex parte,* in princ. *D. hoc tit.* aut cum pecunia debetur, res quidem ſua natura dividua: ſed extrinſecus obligatio id aſſequitur, ut niſi tota pecunia ſoluta ſit, nulla ex parte liberatio naſcatur eius rei, quam volumus. Quod toties contingit, cum aut pecunia ſub pignore debetur, aut ita, ut ſi ſoluta non ſit, alterius alicuius tanquam pœnæ præſtatio incurrantur. Neque ad pignus liberandum, neque ad pœnam & cuiuslibet alterius rei præſtationem evitandam, quicquam prodeſt partem ſolviſſe. *L. ſi rem, §. omnem, D. de pig. act. L. 2. §. 1. L. 5. §. ult. D. de verb. oblig.* cum & pignus obligetur, & pœna debeatur ſub conditione, ſi pecunia, de qua quærimus, ſoluta fuerit. Conditio autem non ſcinditur, illudque verum eſt, pecuniam non eſſe ſolutam, quæ tota non ſit. *L. cui fundus D. de cond. & demonſt.* fac in his generibus pecuniam, ab uno ex heredibus ſolutam, ut pignus lucretur, aut præſtatio aliqua utiliter evitaretur: huius impenſæ partem a coheredibus hoc iudicio conſequetur, quia totum ſolvere neceſſe habuerit, ſi partem ſuam ſalvam habere vellet. Huc pertinent horum locorum exempla. *L. his conſequenter, §. penult. & ult. L. heredes §. contra, §. idem iuris, § ſi unus. L. inter, §. penult. D. eod.*

IX. In eo autem, ut quis quaſi heres impenderit, non ſolum eſt, ut heres iam fuerit, ſed etiam ut ſciens ſe hæredem eſſe, in hereditate aliquid geſſerit. *L. qui heres* 49. *D. eod.* Illud quidem nemo dubitabit, quin ſi quis vivo teſtatore aliquid fecerit, quod teſtatori prodeſſet, & per teſtatorem coheredibus: hoc iudicio conſequi non poſſit, quia nulla neceſſitate hereditatis geſſerit. Contra quod ſcriptum videtur eſſe, *in L. heredes, §. ſi filius, D. eod.* verba Pauli hæc ſunt: *ſi filius cum patrem defenderet, condemnatus ſolverit, vel vivo eo, vel poſt mortem: poterit æquius dici habere petitionem a coherede in familiæ erciſcundæ iudicio.* Singulare ius eſſe in filio Accurſius dicit, quaſi quicquam neceſſe fuerit filii cauſſa hoc iudicium indicere, cui negotiorum geſtorum actio ſufficeret. Sed nihil tale eſt. Et ſane conſtat, filium ut cæteros, ſi quid nomine patris nulla neceſſitate impenderit, negotiorum geſtorum habere actionem. *L. 3. L. ſi filius, C. de nego. geſt.* hæc autem iudicia non concurrunt. *L. heredes, §. non tantum, D eod.* Reſtat; ut ſic accipi debere videatur, ut verba illa: *vel vivo eo*, non verba *ſolvit,*

vit, iungantur, ſed verbo, *condemnatus*, ſicque oratio intelligatur: ſi filius condemnatus ſolverit, condemnatus inquam, vel vivo patre, vel poſt mortem patris, familiæ erciſcundæ iudicio repetet.

X. Ut quod ex ſupra ſcriptis cauſſis heredi abeſt, ipſe pro parte ab iis conſequi poteſt; ita de eo, quod ex iiſdem cauſſis abeſſe poteſt, ubi cæteri coheredes ceſſent, hoc iudicio agi poteſt, ut coheredes quid præſtent. Sed in hac re diſſimilis præſtatio. Nam ſi pecunia iam præſens debetur, quam ut pignus luatur, aut pœna evitetur, ſolvi neceſſe ſit: poteſt unus hoc iudicio agere, ut cæteri iam ſtatim partem conferant, quamvis adhuc integris rebus. *L. his conſequenter*, §. *Celſus*. *L. inter*, §. *de uſufructu D. eod.* Quod ſi ex futuro debitum & omnino ex facto coheredum pendet, utrum quid debeatur, nec ne, quia in poteſtate coheredum, non faciendo aliquid, aut contra, quam promiſſum eſt, faciendo efficere, ut ſtipulatio hereditaria committatur: in hoc ſolum agetur, ut coheredes caveant, ſi quid fecerint, aut non fecerint ſe in eo coheredem indemnem præſtaturos. *L. heredes*. §. *contra D. eod.*

XI. Tertium genus eorum, quæ coheredi de hereditate abſunt, opera & facto coheredis, tria complectitur; ſi quid de rebus hereditariis ad unum pervenit: ſi quid per eum damni datum factumve eſt: ſi quid factum sit, quominus quæreretur.

XII. Si quid pervenerit videlicet si fructus hereditarios percepit ſolus: si de hereditate aliquid ad ſe ſevocavit, §. *ſi familia*, *Inſt. de off. iud.* in quo notandum eſt, eum qui res avertit, neque expilatæ hereditatis teneri, cum alia actio sit, *L. 3. C. eod. ult. L. C. de vi. exp. her.* neque furti, qua actione ante aditam hereditatem agi non poteſt, vel poſt aditam hereditatem, antequam res ab herede poſſeſſæ sint. *L. 2. D. exp. her.*

XIII. De eo quæſitum eſt, ſi unus ex heredibus rem hereditariam vendiderit, & precium perceperit an veniat pretium in iudicium familiæ erciſcundæ. In petitionem hereditatis venire conſtat. *L. ſi & rem, D. de petit. hered.* Quin imo & in hoc iudicium venire his verbis Paulus ſignificare videtur, *in L. inter*, §. *ſi coheredes*, *D.* eod. *Si coheredes abſente uno coherede rem vendiderunt, & in ea re dolo malo fecerunt, quo plus ad eos perveniret: vel familiæ erciſcundæ iudicio præſtabunt ei, qui abfuit, vel hereditatis petitionem*. Sed non venire clare demonſtratur reſcripto Diocletiani, & Maximiani, quod extat, *Cod. eod.* in hæc verba; *In familiæ erciſcundæ iudicio ab uno pro ſolido rei veluti communis venundatæ pretium non venit: ſed mandati, ſi præceſſit coheres; vel negotiorum geſtorum, ſi ratam fecerit venditionem. Nam ſi velut propriam unus diſtraxerit, ac pretium poſſideat, hereditas ab eo petenda eſt*. Cur ergo pretium hoc non venit, cætera ex re hereditaria percepta veniunt? quia neque fructus ex parte indiviſa percipi, neque rei pars indiviſa ſurripi poteſt: pars indiviſa vendi & alienari poteſt, quemadmodum & pignori dari, *L. ex hereditate, 54. D. h. tit. L. portionem, C. de don. L. ſi fratres, C. commun. utr. iud.* Ius enim venditione transfertur, quod pro parte indiviſa recte animo concipi poteſt. Pro certo autem habendum eſt, quod ad omnem obligationem huius iudicii pertineat, nihil in hoc iudicium venire, niſi quod unus quaſi heres fecerit, *L. & puto*, §. *ſed et ſi D. eod.*

XIV. Non eſt mirum, ſi idem in petitionem hæreditatis veniat, cum ea omnia veniant, quæ ſunt hereditaria, in iudicium familiæ erciſcundæ veniunt ea ſolum, quæ aut ſunt communia, & pro talibus agnoſcuntur, aut per cauſſam abſunt communionis hereditariæ, quidam tamen putant hanc actionem non competere, ſed quod idem reſcriptum continet, mandati, aut negotiorum actionem. Ego autem non dubito, quin petitio hereditatis & hoc caſu competat tanquam de re hereditaria, ſi modo lite eſt caſus. *d. L. ſi & rem*, *L. quod ſi in diem*. §. *ſed & is*. §. *Idem Iulianus de petit. hered.* Nec ad rem pertinet, quod reſcriptum dicat privatas actiones de nomine competere.

XV. Quod autem ad ea verba attinet, quæ ſupra ex Paulo retuli; cuiuſmodi ea ſint; expendendum eſt. Non tum de pretio rei hereditariæ loquitur, ſed ſi quid, inquit, in ea venditione dolo fecerint, quo plus, intellige, quam pretium ad res perveniret. Finge præſentes rem centum aureis vendidiſſe ea lege, ut præſentes rem aliquam ea gratia acciperent. Id vero familiæ erciſcundæ iudicio præſtabitur. Quia indiviſum cum fuerit pro parte a præſentibus capi non potuit.

XVI. Damnum quod hic locus complectitur, huiuſmodi eſt; ſi unus rem hereditariam corrupit, ſi ſervitutem negligentia, ſive non utendo perire paſſus eſt, utrumque ſi iam hæres factus, cum ſe hæredem ſciret, fecit. *L. & puto*, §. *& ideo & ſeq. L. heredes*, §. *Item culpæ*, *D. eod.* Illud notandum eſt, eum qui rem

here-

hereditariam corrupit, ita hoc iudicio teneri, ut ſit etiam eo uomine actio legis Aquiliæ: ſed ſi lege Aqoilia agatur, duplum: ſi hoc iudicio, ſimplum tantum futurum eſte, quoniam rei perſecutionem duntaxat hoc iudicium perſequitur. *L. & puto*, in fi. *L. damno, ſeq. D. eod.* congruit quod de petitione hereditatis ſcriptum eſt *in L. item veniunt §. cum prædiximus D. de pet. her.*

XVII. Fit per heredem, quominus quid acquiratur, cum optio defuncto delata eſt, quam unus diſſenſu ſuo impedit, efficitque ut ea res detur quam habere non expediat. *L. herede. §. ſi incerto, D. eod.* huius generis eſt, etſi adminiſtratione rerum hereditariarum ſuſcepta, quas pro parte gerere recte non potuit, nummos quæſivit minus, quam licebat.

XVIII. In his quæſitum eſt, quoniam fieri poteſt, uti quod abeſt, abſit heredis dolo, abſit culpa, abſit etiam negligentia & ſocordia: utrum hæc omnia heres heredi hoc iudicio præſtare debeat, an quædam, & quæ tandem debeat. De hac re ita Paulus definit *in L. heredes, §. non tantum D.* eod. *non tantum dolum, ſed etiam culpam in re hereditaria præſtare debet coheres: quoniam cum coherede non contrahimus, ſed incidimus in eum. Non tamen diligentiam præſtare debet, qualem diligens paterfamilias, id eſt quoniam hic propter ſuam partem cauſſam habuit gerendi, & ideo negotiorum geſtorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam præſtare debet, qualem in ſuis rebus.* Hactenus Paulus, hoc vero eſt, quod referre putemus, utrum in his familiæ erciſcundæ, aut negotiorum geſtorum competere putemus. In hac enim etiam diligentia exigitur, quoniam negotia nulla neceſſitate rei noſtræ gerendæ adminiſtrantur. *§. 1. Inſt. de oblig. quæ ex quaſi cont.*

XIX. Dixi; quæ eſſent huius iudicii præſtationes, dicendum videtur, cur perſonales nominentur, unde contrahantur, & quid tandem pertineant ad hanc iudicii rationem. Perſonales dicuntur, ut cæterarum rerum obligationes, quia perſonam obligatam tenent, rem non ſequuntur. Id ex eo licet intelligere, quod rerum hereditariarum diviſio, niſi rebus extantibus eſſe non poteſt: præſtationis perſonalis petitio etiam re ſublata manet: ut ſi animal occiſum ſit, ſi ſumptus in rem hereditariam facti ſint, eaque perierit. *L. ſed & eius.* 24. *L. ſi ſervus* 31. *D. eod.* obligatio ex communione naſcitur, ad quam pertinet, rem ex bona fide geri: qua eadem ex re efficitur, ut neque quiſquam ſociorum eam violare facto ſuo debeat, & ſi quid ipſe in eam cauſſam impenderit, æquum ſit ut exigere liceat. Eſt igitur hic quaſi contractus quidam, de quo genere in *§. Item ſi Inſt. de oblig. quæ ex quaſi contr.*

XX. Atque hinc eſt, quod hoc iudicium mixtum dictum eſt, tam in rem, quam in perſonam. *§. quædam, Inſt. de actio.* Quod enim ad res hereditarias attinet, actionis in rem ſpeciem habet, quoniam unuſquiſque in his partem perſequitur: ſed in eo ipſo etiam perſonales actiones partem habent. Iudex enim res dividendo, & certas partes cuique aſſignando, non reſtituit cuique quod ſuum fuerat, alioqui partes indiviſas, quæ ante fuerant, relinqueret, ſed etiam de alieno cuique adiudicat. In perſonalibus præſtationibus aperte in perſonam eſt. Etenim, dicet quiſpiam, iudicium hoc ad hereditatis diviſionem comparatum eſt. Ut igitur ea, (quæ ſupra dixi) præſtare heredem heredi æquum ſit: tamen hoc iudicio præſtari convenire non videtur. Quid enim hæc ad diviſionem hereditatis pertinent? pertinent hoc modo: non enim ſolum hereditatis ſunt res hereditariæ, ſed etiam commoda & incommoda hereditaria. *L.* 1. 2. 3. *de bonor. poſſ.* In his autem rebus, ex quibus præſtationes eſſe diximus: commoda & incommoda hereditaria continentur. Recte igitur venient in hoc iudicium, ut communicentur. *L. item ex diverſo* 19. *D. eod.* Quod heres in rem hereditariam impendit, quod quidem hoc iudicio repetere poſſit, hereditariæ communionis incommodum eſt. Nam niſi ideo rem totam hereditariam attingere neceſſe habuerit, quod heres eſſet, huic iudicio locum non eſſe diximus. Et quod in parte coheredis damni datum eſt, ab hereditaria communione, non ab herede contigit. Idcirco & heres coheredem læſit, quia partem ſuam lædere, aut avocare non potuit, quin totam læderet aut avocaret. Et hoc eſt quod diximus; ita demum heredem teneri, ſi quaſi heres fecerit. *L. & puto, §. & ideo, D. eod.* Quod autem ad coheredem pervenit ex hereditate, hoc quidem aperte commodum hereditatis eſt. Nihil igitur horum non recte ad communicationem hoc iudicio vocatur. Communicandi ratio, ſi efficiatur, ut neque lucrum ad unum tantum pertineat, neque onus unus duntaxat ferat: ſed hæ lucri & damni partes fiant, quæ in rebus hereditariis ex inſtitutione futuræ fuerint.

CAP.

C A P. XIII.

Quæ Partes judicis in hac actione.

Iudicis eſt hereditatem; eamque totam dividere. I.
In rerum diviſione teſtatoris voluntatem, ſi qua eſt, iudicem ſequi oportet. II.
Ea aut in onere conſiſtit: æris alieni quantum iniungi poſſit, & quod hic iudicis officium. III.
Aut in prælegato: prælegatam pecuniam totam heredi præcipuam iudicare debet index; eoque iure, quo eſſet, cuivis alteri legata. IV.
Aut etiam in rerum aſſignatione facta inter heredes, rataque intra Falcidiæ modum; quod quale ſit explicatur. V.
Qualiſcumque teſtatoris in ea diviſione voluntas rata, dummodo inter liberos: inter extraneos minime valet niſi ſolemnis. VI.
Quam diviſionem ſervare debeat iudex in rebus a teſtatore non diviſis. VII.
Demta teſtatoris voluntate, quam diviſionis formam iudex ſequi debeat. VIII.
Si Iudex uni rem adiudicet, alteri uſumfructum, non hi in uſumfructum concurrunt: cur ſecus in legatariis. IX.
Et quæ talis adiudicationis expediendæ ratio, & quod eius emolumentum. X.
Servitutem hanc: ut fundus hereditarius hereditario ſerviat, recte iudex imponit, cum rem adiudicat. XI.
De pignore, quod & ipſum venit in hanc diviſionem quo in loco auctor. XII.
Res hereditarias nullius pretii neque dividi, neque adiudicari oportere, ſed vel apud unum heredem, aut in loco publico deponi: quæ illæ ſint. XIII.
Nomina in diviſionem non veniunt, ideo neque in hoc iudicium. XIV.

I. IAm quæ partes iudicis ſint, ad eam diviſionem, quam quærimus conſequendam, dicatur. Iudex de dividenda hereditate ſumptus eſt. Principio igitur hoc ſtatim de officio eius præcipiatur ipſum totam dividere debere. Ex quo si quid indiviſum reliquerit, aut si in quorum perſona condemnationem fecerit vel abſolutionem, in quorundam perſona prætermiſerit: ne in cæteris quidem quod fecit, valebit: quia non poſſit uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere. *L. heredes, §. Iudex, L. in hoc iudicio, D. eod.* Denique ſententiam non dixit, niſi qui de tota controverſia iudicavit. *L. qualem, §. dicere, D. de recept.* Plane eas res dividere debebit, quæ proponentur. Si quæ in iudicium deductæ non ſint, ob eamque cauſſam indiviſæ manſerint: non eo minus iudicium valebit: de indiviſis autem communi dividundo agetur; ut initio diximus, *L. ſi filia, §. familiæ, D. eod.* hoc poſito, cum duas res in hoc iudicium venire dixerimus: rerum hereditariarum diviſionem, & præſtationes perſonales, quas eaſdem res hoc iudicium perſequitur: in præſtationibus quidem perſonalibus iudicis condemnatio ſolum quæritur; quæ qualis eſſe debeat, ex præcedentibus intelligi poteſt. In rerum diviſione, quæ ſit poteſtas iudicis, ſeu qualis iudicis diviſio eſſe debeat, ſolum eſt, quod quæri debere videatur.

II. Et quidem ſi inter conſentientes res agitur, quod malunt litigatores, id iudicem exſequi convenit. *L. iudicem, D. com. divid.* Si de diviſione non convenit, voluntas primum teſtatoris, ſi qua proponetur, legem dabit. Si nulla alia erit, quod commodiſſimum eſt, id iudex ſequetur. Voluntatem quidem teſtatoris de diviſione rerum in hac re ut cæteris ſequi oportere conſtat. *L. filii, L. ſi cogitatione, C. eod.*

III. Ea eſt aut in onere æris alieni alicui iniungendo; aut in prælegando, aut in rebus inter heredes aſſignandis & dividendis. Æs alienum alicui ſi iniunxit, id ſuſcipere heres debet uſque ad dodrantem hereditatis. Nam quartam integram habere debet. In eo officium iudicis, ut is heres caveat cæteris coheredibus ſe eos indemnes eſſe præſtaturum. *L. ſi filia, §. Papinianus §. idem Papinianus, D. eod.*

IV. Heredi ſi quid prælegatum eſt, iudici convenit, ut id præcipuum ferat ſecundum voluntatem teſtatoris, id eſt, & totum, & eodem iure, quo alius quivis, ſi ei legatum eſſet. Totum dicimus, quia de pecunia dubitari poteſt uni legata, quæ in hereditate non reperitur: in qua quæ-

ritur;

Digitized by Google

ritur; utrum heres totam de hereditate ſumere debeat, an partes duntaxat hereditarias a coheredibus petere, partem ſecum compenſare. Ut puta, ex tribus heredibus uni triginta legata ſunt, quæ non ſunt in hereditate, utrum viginti duntaxat capiet a coheredibus; decem reliqua ſi petet, recte dicetur ipſum quaſi huius legati partem ferre debeat, hæc decem ſibi ſolvere eoque & ſecum penſare debere? Sed quæ corporis legati, eadem pecuniæ legatæ ratio erit; ut eam heres ex hereditate ſumere debeat: quod ſi non erit, rem hereditariam vendi oportet, unde pecunia conficiatur. Quod autem eodem iure prælegatum habiturum diximus, quo ſi alii legatum eſſet, eo pertinet: rem prælegatam, ſi forte fuit pignori obligata, lui a coheredibus oportere *L. ſi pignori*, *L. paterfamilias*, *D. eod.* Ita ius foret, ſi extraneo alicui res legata eſſet. *§. ſed etsi rem*, *Inſt. de leg.*

V. Diviſio rerum, & aſſignatio a teſtatore facta, eodem modo, intra modum legis Falcidiæ rata eſt; quæ res melius ex his reſcriptis intelligetur, quæ ſub eodem titulo in Codice extant: quorum unum Gordiani eſt in hæc verba: *Quoties inter omnes heredes teſtator ſucceſſionem ſuam dividit, ac ſingulos certis poſſeſſionibus cum mancipiis, quæ in eiſdem ſunt conſtituta, iubet eſſe contentos: voluntati eius ſalva legis Falcidiæ auctoritate obtemperandum eſſe manifeſtum eſt*. Item aliud Diocletiani & Maximiani. *Si cogitatione futuræ ſucceſſionis officium arbitri dividendæ hereditatis præveniendo pater communis ſuo, vel qualicunque indicio ſuam declaravit voluntatem inter eos qui ſucceſſerunt, exemplo Falcidiæ rationis habita ratione, familiæ dividundæ cauſſa datas, arbiter pro virili præterea portione eorum, quæ nulli generaliter vel ſpecialiter aſſignavit facta diviſione, in adiudicando patris ſequetur voluntatem*. In qua ſpecie animadvertendum, eſt quæ in ſuperioribus reſcriptis retentio ex lege Falcidia fieri dicitur, & in quibuſdam aliis eiuſdem tituli reſcriptis ſervari dici ex ſenatusconſulto, ut *L. filii*, *L. ult.* verba ſunt hæc *ex L. filii: Sed etſi tam circa teſtamentum, quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibuſcunque verbis, voluntas eius declarata ſit, licet ab inteſtato ei fuerit ſucceſſum: ex ſenatuſconſulto, retentionis modo ſervato; familiæ erciſcundæ iudicio aditum iudicem ſequi voluntatem patris oportere, iuris auctoritate ſignificatur*. An Pegaſianum ſive Trebellianum intelligimus? aliud quo quartam de hereditate retinere liceat, nullum proponitur. *§. ſed quia heredes*, *§. ſed quia ſtipulationes*, *Inſt. de fid. hered.* at hoc Senatuſconſultum, niſi cum heres de hereditate reſtituenda rogatus eſt, locum non habet. *L. cogi*, *§. generaliter*, *D. ad Treb.* hic res ſingulæ diviſæ, & prælegati vice cuique aſſignatæ ſunt. Quod ſi ex Senatuſconſulto reſolutio fieret, non ſuſciperetur in hac ſpecie æs alienum pro portionibus hereditariis; ſed quantum de hereditate apud fideicommiſſarium eſſet, tantum tranſiret in eum æris alieni, *§. ſi quis una*, *Inſtitut. de fid. hered. L. 1. D. ad Treb.* Quod ſecus eſt, ut ſcriptum eſt in *L. 1. C. ſi cert. pet. L. ex facto*, *D. de hered. inſt.* Sed expendendum eſt, quid in ſuperiori reſcripto dicatur: non hoc dicitur, quartam ex Senatuſconſulto retineri: hæc ſpecies revera ad L. Falcidiam pertinet: ſed illud, modum retentionis ex Senatuſconſulto futurum eſſe. Id autem eſt ex forma Senatuſconſulti, quod ideo dici videtur, quia in ſpecie propoſita in quartam heres imputat, quod habet iure prælegati. *L. Neſennius D. ad L. falcid.* Eſt autem ex ſententia Senatuſconſulti, ut in quartam fideicommiſſariam imputentur etiam ea, quæ iure hereditario non capiuntur: in lege Falcidia contra *L. in quartam*, *D. ad L. Falcid. D. ad Trebel.*

VI. In hac diviſione & aſſignatione teſtatoris, placet omnem eius voluntatem ratam eſſe debere, de qua aliquo modo conſtet: ſi quidem res inter liberos geratur. Adverſus extraneos autem non aliter eſſe ſervandam, quam ſi ſupremis tabulis aut codicillis, ideſt ſolemni aliqua teſtata ſi voluntate *L. filii*, *L. ult. C. eod.* Ex ea diviſione, ut modo diximus, non pro modo emolumenti onus æris alieni futurum eſt, ſed proportionibus hereditariis. *L. 1. C. ſi cert. pet.* niſi tamen quid contra teſtator de ære alieno nominatim ſtatuerit. *L. 1. ſi filia. §. ſi pater D. eod.*

VII. Quid ſi teſtator rebus quibuſdam diviſis & aſſignatis, quaſdam indiviſas reliquit? hic de his, quæ indiviſæ manſerint, dubitatio affertur, quam diviſionem in his iudex ſervare debeat: utrum ad eum modum dividere, quem teſtator in cæteris rebus ſecutus eſt: an pro portione hereditaria, quas ille de diviſione omnino caviſſet. Dubitationis cauſſa ex eo, quod aliis in cauſſis multis cum teſtator certas partes inter coheredes fecit: ſi alia voluntas teſtatoris proponitur inter eoſdem,

neque

Digitized by Google

neque ullas partes expreſſit, eaſdem partes feciſſe & repetiiſſe exiſtimatur: ut cum inſtituit aliquos ex diverſis partibus, eoſdem invicem ſubſtituit, partibus non aſcriptis: videtur & eaſdem in ſubſtitutione feciſſe. *L. ſi plures D. de vulg. ſub.* Sed recte hoc, cum alia voluntas ſequens æque principalis proponitur. At ſi principalis aliqua eſt, de qua aliquid a teſtatore excipitur: quantum exceptum erit, tantum de ea voluntate immutabitur. Si aliquid non erit exceptum, vel hoc ipſo voluntas præcedens cæteris in rebus confirmabitur. Teſtator heredes cum inſtituit, dominos eius rerum hereditariarum pro portionibus hereditariis fecit. Si de eo aliquid detrahit, quod altera aſſignet, erit hoc ratum, tanquam quod de præcedenti voluntate exceptum ſit. Si alia non detraxit; aperte ea ad præcedentem voluntatem pertinere voluit. In eam ergo ſententiam, de hac quæſtione Papinianus reſpondet; Verba Papiniani ſunt hæc: *in L. 32. D.* eod. *Quæ pater in filios non diviſit, poſt datas actiones vice diviſionis ad ſingulos pro hereditaria portione pertinent, ſi modo cætera, quæ non diviſit, in unum, generaliter non contulit, vel res datas non ſequuntur.* In unum non contulit, id eſt, in unum ex liberis. Vel res datas non ſequuntur, id eſt: rebus datis & aſſignatis non cedunt, & eorum ius & conditionem non ſequuntur. Ut ſit ſenſus: ſi quæ res ex diviſione alicui datæ ſint: non ſolum eius futurum eſſe, quod datum eſt: ſed etiam quod ei rei cedit. Cuius generis eſt, quod rebus datis acceſſit, ita ut partem faceret, & quod propter vicinitatem ab his trahitur, & quod ex his natum eſt. De quibus alio loco dicendum eſt. Exempli cauſſa; ædificium areæ impoſitum, aream ſequi dicimus: fœtum & partum eius conditionem & ius unde natum eſt. *L. Minucius D. de rei vind. L. Paulus, §. Domus, D. de pig. L. partum, C. de rei vind.*

VIII. Voluntate teſtatoris de rerum diviſione detracta, quid iudicem facere conveniat, videamus. Ut quiſque heredum partibus diviſis, & certis tantum ferat, quantum prius habebat indiviſis partibus, quæritur. Id non in eo poſitum eſt, ut res ſingulas iudex dividat, & partes cuique attribuat: ſed alias res dividet, alias ſingulas ſingulis totas adiudicabit, alias univerſas ſcilicet, ut commodum videbitur. In rebus quidem corporalibus id commodum eſſe videtur, ut, ſi plures res ſint hereditariæ, ſingulis ſingulas aſſignet, ut vice cuiuſdam permutationis heredes inter ſe res habere incipiant. Corporum diviſio res ipſas multo viliores, & minus commodas facit, *§. ſi familiæ Inſtit. de offic. iud* Quod ſi res eiuſmodi ſint, quæ inter ſe non reſpondeant ad permutationem, poſſunt omnes uni adiudicari. *L. antep. D. eod.* Si res una eſt, quæ commode dividi non poſſit, tum multo citius uni tota adiudicabitur. Si dividi poteſt, tum plribus adiudicabit iudex, ſed ita ut dividat, & ſingulis certas regiones adiudicet: in quo & veterem diviſionem teſtatoris ſequi poteſt, & novam inſtituere, *L. item Labeo, D. eod.* Indiviſam rem pluribus adiudicare non poteſt, niſi adiudicet iis, quibus prælegata eſt, quo caſu etiam indiviſam tradere cogitur, *L. item Labeo § 1. D. eod.* Nec contrarium eſt, quod diximus iudicem familiæ erciſcundæ nihil debere indiviſum relinquere *L. heredes, §. Iudex, D. eod.* Res & iudex dividere debet, ſed ex hereditate communes. *L. ex hereditate D. eod.* At inter heredes, quibus eadem res prælegata eſt, non eſt res ex hereditate communis, ſed partim ex legato partim iure hereditario; non habent denique eam tanquam heredes. Itaque traditur *in L. 2. D. com. divid.* De hoc genere iudicium eſſe communi dividundo. Et hæc quidem eſt attributio rerum, quam adiudicationem vocamus. Eſt autem adiudicare, ſententia ſua aliquid attribuere alicui, quod eius proprium fiat, cum antea eius non eſſet. Unde aſſignare pro adiudicare legimus, in *L. Item Labeo. §. 1. D. eod.* & ex adiudicatione rem propriam fieri eius, cui adiudicata eſt ſcribit. *Inſt. in §. ult. Inſt. de off.* Sed ſive res dividit iudex, ſive non dividit, id agere debet, ut cuicunque recte adiudicat, is nihil amplius ex adiudicatione, quam ſocius habeat. Quod quidem, ſi ex modo & quantitate rerum cuique aſſignatarum æſtimetur, facile conſequi non poteſt. Quando enim tanta æqualitas rerum, & partium inter ſe eſſe poteſt, ut una nihilo plus valeat, quam altera? Quid si etiam res totas uni alicui adiudicat? Ergo hac ratione æqualitatem conſequetur. Res ipſæ æſtimantur: tum si quid unus videbitur plus habere, quam alius, eum qui plus habebit, ſocio in tantam pecuniam condemnabit, quanto ſocio opus eſt, ut æquam partem æſtimationis ferat. Ut si uni res totas adiudicet: eum in dimidiam rerum æſtimationem ſocio, qui ex æquis partibus heres sit; si utrique res, aut partes rei aſſignet: eum qui plus habet, in partem dimidiam eius quantitatis quæ excurrit, condemnabit. De quo

eſt hnc exemplum familiare apud Theophilum *in Inſtit. §. ſi familiæ. de off. iud.* Primo adiudicavit res aliquas, quæ mille aureis valent. Secundo alias, quæ octingentis. Primum Secundo in centum aureos condemnabit, ut ita uterque nongentos habeat. Hæ ſunt illæ adiudicationes & condemnationes horum iudiciorum propriæ quæ paſſim hoc tit. leguntur. *L. cum putarem. L. Mævius. §. arbiter, D. eod.* Sed prius certam æſtimationem rerum fieri oportet, quam ulla ſequi poſſit condemnatio. Quomodo igitur æſtimabuntur? aut eas ipſe iudex æſtimat, aut rem licitationi ſubiicit, ut qui licitatione vicerit, is eam auferat. Si res ſingulas ſingulis adiudicat, aut rei diviſæ partes, quia hic rerum permutatio quædam eſt, emptioni locus eſſe non poteſt. Ipſe igitur res æſtimabit. In quo, ne ſibi amplius, quam bono viro & arbitro innocenti commiſſum putet, hoc præcipitur; res enim æſtimare debere iuſto precio. *L. item §. D. eod.* Item debere univerſas. Cum familiæ erciſcundæ, inquit Julianus, in *L. Mævius. 52. §. ult. D. eod.* vel communi dividundo agitur, univerſæ res æſtimari debent, non ſingularum rerum partes. Ideo quod totius rei æquam partem quiſque conſequi debet, & quia rei non poteſt, debet partem totius æſtimationis. Rem ergo totam æſtimari oportet, ut iuſta æſtimatio totius rei efficiatur. Partes ſeparatæ per ſeſe multo minoris eſſe conſueverunt. Multo pluris totæ propter commoditatem rerum coniunctarum. Itaque univerſas hoc loco sic accipere debemus totas; non autem res omnes univerſas. Quod inde intelligere poſſumus, quod opponit Iulianus partes rerum ſingularum universis: id eſt, ſeparatas coniunctis. Si iudex res univerſas uni adiudicet, ut in hunc ſolum condemnatio & adiudicatio conferatur, aut uni rem unam sine permutatione adiudicet; quod, coheredibus commodum erit, rem licitationi committet, ut is rem auferat, qui plus dederit. *L. 6. L. Item labeo. §. 1. D. eod.* In quo quæ æſtimatio sit, cum eam licitatio certam faciat, ſtultum eſt quærere.

IX. Illud in poteſtate iudicis de permutatione rerum, & adiudicatione neſcio quomodo præter cætera notandum eſt, quod non ſolum licet iudici rem uni adiudicare, ut alteri viciſſim aliam adiudicet; ſed etiam uni rem, alii pro eo eiuſdem rei uſum fructum, qui quidem modus inter res, quibus uſufructus conſtituitur, numeratur. *L. 6. D. de uſuf.* unde illud quæſitum, cum id iudex fecit, utrum coheredes in uſumfructum fundi concurrant, placetque non concurrere. *L. & puto §. 1. D. eod.* Et ſane ſi teſtator hoc idem feciſſet, id eſt uni fundum, alteri fundi uſumfructum legaſſet: concurrerent legatarii in uſumfructum, quia teſtator fundum legando, una & uſumfructum dare intelligitur, qui a proprietate non ſeiungitur. Inde inter hos ius eſse accreſcendi legimus. *L. 3. §. ult. D. de uſuf. acc. L. ſi alii D. de uſ.* qui niſi inter eos, quibus eiuſdem rei uſusfructus legatus eſt, eſſe non poteſt. *L. 1.* in princ. *D. d. uſuf. ac.* Sed non idem in hac iudicis adiudicatione exiſtimari poteſt. Verba enim teſtatoris, cum hanc ſignificationem habent, *ut fundi legato uſusfructus contineatur:* tum vero ſententia non refragatur. Ideo & verbis ſtandum eſt *L. non aliter D. de leg.* 3. in adiudicatione iudicis, etſi verba eadem ſunt: tamen quid agat iudex, manifeſtum eſt. Partes cuique ſuas ſeparatas aſſignare vult. Cui diviſioni repugnat uſumfructum communem conſtituere. Non erit igitur in uſumfructum concurſus contra manifeſtam iudicis ſententiam. Verba enim voluntatibus hominum ſervire debent. Illudque in omnibus cum dictis, & ſcriptis, tum factis tenendum eſt, non quo quidque modo ſcriptum aut factum ſit, ſed quid actum ſit, ſpectari oportere, *L. ſemper in ſtipulationibus L. in obſcuris D. de reg. iur.*

X. Id mihi in hac ſpecie adiudicationis quærendum eſſe viſum eſt; qui tandem poſſit procedere. Non dubium eſt eum plus habere, qui fundum habet; quam qui uſumfructum fundi; namque proprietas perpetua, & poſt mortem fructuarii plena; uſusfructus perſonalis, eoque & temporalis. Ita fit, ut ſi rem ad æquabilitatem revocare volumus, & fundus quanti ſit, proprietate detracta, & uſusfructus quantt æſtimari debeat. At uſusfructus æſtimari non poteſt. Tanti enim ſit, neceſſe eſt, quanta erit fructuarii vita, ex cuius perſona fructus percipitur. Hoc autem incertum quamdiu vivat, crasne moriatur an non poſt multo; an contra, quam longiſſime vitam protrahat. Mihi videtur, ſic res tranſigi debere; non uſusfructus æſtimandus, ſed reditus ſingulorum annorum; hæc vero æſtimatio certa; hoc conſtituto, qui uſumfructum habet, damnabitur coheredi, ut ei partem æſtimationis mercedis cuiuſdam loco præſtet quotannis. Hanc, qui condemnatus eſt, aut præſtabit, aut res ab eo vindicabitur: qui ſi exceptionem obiiciet de re uſusfructus nomi-

nomine ſibi tradita, exceptio replicatione doli mali elidetur, arg. *ſi uſusfructus D. uſufr. quæ cau.* Ex altera parte & fundus æſtimabitur, quanti ſit contemto uſufructu. Id quoque rurſnm certum eſt. Sic deinde is, cui fundus adiudicatus eſt, damnabitur coheredi, nt partem æſtimationis præſtet tum, enm fundum pleno iure habere cœperit, id eſt, cum uſusfructus fundi ad proprietatem redierit. Sed quid hac circuitione opns eſt, quæret aliquis? cur non potius uni fundum totum cum uſufructu iudex adiudicat, hnnc deinde in partem æſtimationis coheredi condemnat, nt uterque partem ſtatim habeat, eademque opera ab omni controverſia diſcedatur? Quia interdum expedit coheredi, ne pecunia & tota repræſentetur, ne forte acceptam conſumat. Igitur hoc modo illi vel ntrique potius conſuletur, ut conſtituto alteri uſufructn uterque reditum in singulos annos sibi paratum, & de re ipſa nihilominns conſultum habeat: hæc de rebus hereditariis ſtatuere poteſt iudex, qnæ omnia ad divisionem rerum pertinent.

XI. Quod si quid ultra adiudicationem rerum & condemnationem, quibus rcbus divisio transigitur, iudex sibi ſumet: fruſtra ſumet: quia divisio illi tantum permiſſa eſt; ultra id autem quod in iudicium deductum eſt, poteſtas iudicis excedere non poteſt: huius generis eſt, si ſtatuat, ut fundus hereditarius non hereditario ſerviat. *L. ut fundus D. commu. divid.* Plane ut ſundus hereditarius hereditario ſerviat, ſervitutem imponere poteſt. *L. item Labeo, §. ſed etiam D. eod.* Neque hoc ad divisionem non pertinere, & ideo iudici non eſſe permiſſum quiſquam putaverit. Ut enim iuriſdictione data ea omnia conceſſa eſſe intelliguntur, sine quibus iuriſdictio explicari non poteſt. *L. 2. D. de iuriſd.* ita divisione & adiudicatione delegata, ea omnia accedent, sine quibus res aſſignata commode haberi non potnit. Itaque tunc iudex ſervitntem pro poteſtate recte imponet, cum res hereditariæ quas diversis adiudicat, vicinæ ſunt, & una alterius auxilio & ſervitute indiget. Sic tamen ſervitntem recte imponet iudex, si tunc imponat, cum rem adiudicat. Quod si pure alinm fundum adiudicaverit: alium adiudicando, amplius ſervitutem imponi non poſſe placet. *L. Item Labeo, §. ſed etiam. D. eod.* Recte, quia re adiudicata iudex in ea iudex eſſe deſiit, officio ſuo functus. *L. iudex poſtea quam, D. de re iudicata.* Nihil igitur deinceps de ea ſtatuere, vel ei acquirere poterit, qui neque iudex eſt, neque Dominus unquam fuit.

XII. Sed ſuperior ſorma divisionis cæteris in rebus hereditarlis valet. In pignore, quando id qnoque in diviſionem venire diximus, propria quædam ratio eſt, non enim dividitur, quia res aliena eſt, ſed uni ſemper totum adiudicatur, ut is coheredi in tantam pecuniam damnetur, quanta pro parte debetnr. De quo cum extet reſponſum Panli obſcurius ſcriptum *ſub eo. titulo Digeſtorum*, eius interpretationem in extremum locum reiecimus, ubi ſeorſim enarraremus.

XIII. Interim autem hoc relinquitur, quæcnnque res hereditariæ ſunt corporales, eas aut dividi, aut totas adiudicari debere. Verum id ad eas pertinet, quæ aut dividi poſſunt, aut certe quarum aliqua æſtimatio eſt. Quod ſi rei hereditariæ nullum pretium ſit, neque ea dividi poſſit: neque dividetur, qnia non poteſt: neque cuiquam adiudicabitur, quia adiudicatio condemnationem adiunctam habet eius, cui res adiudicatur. Nulla autem eondemnatio in ea re, quæ nullius pretii eſt. Huius generis res ſunt, teſtamenti tabulæ, & cautiones hereditariæ: qnarum conſtat nullum eſſe precium, ſi per ſe ſpectentnr, ſine nominibus, & iis, quæ in teſtamento continentur. Et tales ſpectari in hac adiudicatione, ſi quidem ulla fieret, oporteret. Neque enim nomina aut hereditas, vel legata adiudicantor. Nihilne ergo de his ſtatuetur? imo viſum eſt ea deponi oportere: ſiquidem ſit unus aliquis heres maiore ex parte inſtitutus, apud eum: ſi omnes ſint ex æquis partibus heredes, neque inter eos conveniat, quid de eo fieri oporteat, in ædem ſacram iubente iudice, noſtris moribus in eum locum, in quem pro more cuiuſque regionis, & conſuetudine res maxime tuto auctore iudice deponi ſolent: hæc in *L. 4. §. ult.* & *L. ſeq. D. eod.* Apud eum qui maiore ex parte heres eſt, conſentaneum eſt deponi potins ſine controverſia, quia & ei maiorem honorem teſtator habitum eſſe voluit, & ab eo nullus metus eſſe poteſt, quin eas res diligentiſſime aſſervet, neque quenquam in his ſalſi excogitari patiatur, cuius maxime intereſt cautiones & inſtrnmenta, ſalva eſſe. Sed nonne aliquibus heredibns ea licitari volentibus, recte ſacit iudex, ſi rem ad licitationem deduxerit, ut qui licitatione vicerit, hic habeat inſtrumenta hereditaria? Non placuit, *L. 6. D. eod.* Et recte. Nam ſi res ad licitationem deducetur, is cantioncs ſeret, qui minore ex parte he-

res erit, vel tantillum offerendo, niſi is qui maiore ex parte heres eſt, plus obtulerit. At utrumque iniquum, & illum penes ſe cautiones habere, quantuncumque obtulerit. Et hunc, ut habeat, aliquid ſolvere, eum res ſit nullius pretii. Hæc de rebus corporalibus dicta ſunt. De uſufructu, & aquæductu id ſequemur, quod ſcriptum eſt luculenter in *L. com. divid. §. cum de uſufr. L. arbor. §. ult. D. com. divid. L. & puto, D. h. t.*

XIV. Nomina in diviſionem non venire ſupra dixi, ſed interdum alia aliis ſolida attribui, de quo in *L. 3. D. eod.* ſed hæc res ab adiudicatione multum diſcrepat, ut in *L. 3.* demonſtratur *D. eod.*

C A P. XIV.

Quid heredes condemnatione & adiudicatione conſequantur.

Adiudicatione ſola dominium tribui adiudicatæ rei, atque ex eo actionem & exceptionem. I.
Alienæ rei, tamquam defuncti, adiudicatæ dominium non tranſit; ſed præſtanda a coheredibus illo nomine evictio. II.
Quæ actio heredi adverſus coheredes, ubi nihil de eo cautum. III.
Tranſitio. IV.

I. NUnc videamus, quid heredes adiudicatione conſequantur. Nam ex condemnatione quid conſequantur hi, quibus coheres damnatus eſt, & quibus ex eo quid præſtitum eſt, ne quærendum quidem videtur. De adiudicatione non immerito, quia neque res omnes pleno iure fuerunt defuncti, neque ſi fuiſſent, id partibus diviſis heredum eſſe poteſt, quod antea fuit indiviſis partibus. Etſi breviter dicendum eſt: tantum iis affert adiudicatio, quantum futurum eſſet, ſi idem conſtitutum, & delatum ab iis eſſet, qui domini fuiſſent, ſcilicet, ut ſi res tanquam quæ defuncti foret, adiudicata ſit, is ſtatim Dominus efficiatur, cui adiudicata eſt. *§. ult. Inſt. de off. iud.* ſi tanquam quæ in bonis, & alio quo iure defuncti fuerit, eadem actio & exceptio heredi detur, quæ defuncto, ut ſi res fuerit pignorata; ſi quid novi conſtitutum ſit, ut uſusfructus, perinde, ut a domino datum ſit. Id ſic Paulus definit; in *L. inter §. 1. D.* eod. *Si familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo actum ſit, adiudicationes prætor tuetur, exceptiones aut actiones dando.* In quo ratio civilis dominii animadvertenda eſt: non tam quod is transfert, qui dominus non eſt, quia id voluntate dominorum fieri videtur, quam quod ſola adiudicatione dominium transfertur ſine traditione: cum iuregentium dominia traditionibus acquirantur. *L. traditionibus, C. de pact.*

II. Sed poteſt res, tanquam defuncti propria adiudicari, quæ aliena fuerit. Quo caſu nemo dixerit, eum dominum fieri, cui adiudicata eſt: res & hereditarias dividit iudex, & de his, quod commodum ſit ad diviſionem, ſtatuit. Eas, quæ hereditariæ non ſint, hereditarias facere non potuit. Ob eam rem cautum eſt, ut quicquid tanquam quod eſſet defuncti, adiudicatum eſt, in eo a coheredibus illi de evictione caveatur; ut ſi res evicta sit, pretium quod dederit, aut partem aliarum rerum conſequatur. *L. heredes, §. penult. D. eod.*

III. Faciamus id omiſſum eſſe. Re evicta, quæ heredi adverſus coheredes actio eſt? Nam, huius periculum eſſe; cui adiudicatum eſt, & cuiquam adiudicationem nocere non decet. Quin imo ne adiudicatum quidem dicendum eſt, quod non manſit, Hæc erit actio. Si heres rem ex licitatione aut æſtimatione iudicis habuit: ut pro ea, in certam quantitatem coheredi damnaretur, quia hic emptio eſt, ubi pro re æſtimata certum pretium datur: ex empto actio erit cum coheredibus, ad quos videlicet pretium pervenit. *arg. L. plerunque, D. de iur. dot. arg. L. Quidam, D. de evict.* Sin res diviſæ ſunt inter heredes; quaſi permutatio quædam inter coheredes facta eſſet, placet ob rem evictam præſcriptis verbis eſſe actionem. *L. ſi filiæ, C. eod. L. ſi fratres, Com. utr. iud.* Hæc ex eo naſcitur, quod quis alii dedit aliquid, aut apud eum quid de ſuo eſſe paſſus eſt, ut viciſſim ab eo acciperet. Quod ipſum in diviſione rerum agitur. Non videtur autem accepiſſe is, qui coactus eſt reddere.

IV.

Digitized by Google

IV. His expoſitis, qnæ natnram hnius iudicii continent: nnnc ſeorſim duo capita enarrabo, quæ insigni qnadam difficultate, ſub his titulis occurrunt. Quorum alternm Pauli eſt, *L. ſi pignori*, 29. *D. eod.* alterum reſcriptum Diocletiani & Maximiani, cuins initium eſt, *filium, quem habentem*, *C. eod.*

Ad L. ſi pignori, 29. *D. eod.*

OBſcuritas hulus reſponsi ex ambiguitate ſcripti eſt: quæ tanta eſt, ut videatur Paulus divinaturis ſcripsiſſe, non intellecturis: Demns operam, ut explicetur. De adiudicatione pignoris duplex quæſtio eſt; quam utramque Paulns boc capite complectitur. Prior illa, cnm pignus uni ex coheredibns adindicandum sit, qua lege & conditione adindicetur. Ille oſtendit hac lege, nt is cui adiudicatur, pro parte coheredi damnetur. Quanti damnetur, Paulus prætermisit. Res flagitat, nt in tantam pecuniam damnetur, quanta ſatis sit, ut illi pro parte ſatis fiat: pecnnia autem illi debetur. Sic igitur, ut alibi Ulpianus, diviſio fiet, nt non vero pretio æſtimetur pars, ſed in tantum duntaxat, quantum pro ea debetur. *L.* 7. §. *Inter*, *D. com. divid.* Altera huic conſequens qnæſtio, cui pignus adiudicatum eſt, quid ex adiudicatione conſequetur? hæc vero rurſum duplex; primum quid adverſns coheredem: tum quid adverſus debitorem, cuius nomlne ſolvit? De utraque Panlus ad hanc ſententiam. De priore ita: eum cui pignus adindicatum eſt, adverſus coheredem ſuum ex adiudicatione nihll conſeqnl: hoc autem eſt, coheredem non debere illi promittere, illum indemnem futurum adverſus debitorem quanvis forte pignus evincatur, & debitor ſolvendo non ſit, probat hoc exemplo Paulus. Nam ſi poſſeſſor a domino aut creditore conventus, maluerit æſtimationem rei præſtare, quam rem reſtituere, petitor de evictione illi non cavet. Poſſeſſoris enim culpa eſt, quod rem non reſtituit. *L. ex diverſ.* §. *petitor. D. de rei vind.* Coheres autem; cui pignus adiudicatur, in eadem cauſſa. Pignoris namqne æſtimationem præſtare malle intelligitur, quam pignus coheredi cedere. Quare ei hoc exemplo non cavebitur.

Quæ quidem ego an similia videri debeant, non ſatis ſcio: Invito enim pignus adindicatur. Quapropter in eo, si pignus habet, nulla culpa sit, contra is, qui hypothecaria convenitur; volens pignus retinet: quod si vellet, poſſet & deberet etiam reſtituere: Sed tamen hæc Paulus comparat, ſcribitque hoc in illis verbis *nec cavere* uſque adverſum *contra*. In qnibus ambiguitas animadvertenda eſt. Verba hæc ſunt: *is cui pignus adiudicabitur, in familiæ erciſcundæ iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet:* incertum eſt, velit ne eum non debere, cui pignus adiudicatur: an vero coheredem cui ille damnatur. Nam utrunque prius nominavit. Et qnidem quod ad difficultatem facit, ut præcedens oratio eſt, pro *erit*, eum intelligi potiſſimum, cui pignus adiudicatur. Is enim eſt, de quo præcedens propoſitio affirmatur. At hic accipi non poteſt. Cui enim peconia a coherede ſoluta eſt, is nullam divisionem metuit, si pecunia fuit coheredis; si non fuit, neque coheres, neque debitor liberatus eſt, ut fruſtra amplius caveretur quod ſatis per ſe debetur. Is ſolum laborat de damno qui pignus poſſidet: quia periculum sit, ne pignus evincatur, atque ita amittat, quod coheredl ſolverit, si a debitore id conſequi non potnerit. Ita huic ſolum de indemnitate proſpectum eſſe oportuit. Quod cum ita sit conditio rei de qua agitur, quem intelligere debeamns, nos admonebit. Sequitur illnd alternm, quod is, cui pignus adiudicatum eſt, adiudicatione adverſus debitorem conſequatur. Id eſſe innuit Panlus, ut totum ab eo conſequi poſſit, & quod sibi pro parte ſua debeatur, & qnod coheredi damnatus ſolverit, ut si toto hoc non ſoluto, debitor pignus repetat, exceptione doli removeatur, cum poſſeſſor coheredi ſolvendo debitorem a coherede liberarit. *L.* 1. *L.* 2. *D. quib. mod. pign. vel hy. ſol.* Id antem ait, conſequi poſſe illud contra, ut sit *contra*, vice verſa, quia prius dixiſſet poſſeſſorem pignoris a coherede ſuo nihil conſequi quod adverſns debitorem contra eſt. *Contra quoque*, inqnit, *ſi is hæres, cui pignus adiudicatum eſt, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus eſt:* hic rurſum ambiguitas verborum Pauli animadvertenda eſt, ut enim verba concepta ſnnt, hic ſenſus eſſe debuit, si poſſeſſor pignoris velit totum reddere, ſupple pignus (nam de eo agitur) audiendus eſt, quod quidem

mone-

monere ſtultiſſimum fuerit: quaſi quiſquam dubitare poſſit, au ereditor poſſit pignus reddere, quod aut reddere etiam cogatur, aut si iure non debeat, poſſit, tamen ius ſuum remittere. Quoniam ergo hæc ſenteutia eſſe non poteſt; illa ſit contraria, neceſſe eſt; de qua ſola dubitari potuit; ipſum creditorem non cogi pignus reddere, nisi totum ei reddatur. Itaque ſic verba accipienda erunt: *ſi is cui pignus adiudieatum eſt, velit*, ſupple debitorem de quo poſtea agit, *reddere totum*, id eſt, nou id ſolum, quod ſibi debetur, in quod id pignus obligatum eſt: ſed etiam quod ipſe ex condemnatione coheredi ſolvit. Quod ipſum conſequi poſſe poſſeſſorem pignoris ex aliis locis liquido probatur. *d. L. 1. & L. 2. quib. mod. pig. ſol. L. 7. §. Inter eos D. com. divid.* Ex hoc poſtremo reſponſo ſive per occasionem, ſive, quod ad præcedentia confirmanda pertinet, licet intelligere non eſſe similia ea, in quibus eontra reſpondetur, quæ tamen paria videantur: tractat au idem concedeudum ſit adverſus debitorem & creditori, qui pignus ex emptione habcat, non iudicis adindicatione. Nam & coheres, cui pignus adiudicatur, creditor eſt: ut puta, hercs qui pignus poſſidebat, vel coheredi ſuo, vel alii creditori, cui idcm pignus obligatum erat, piguus perſequenti maluit ſolvere quod illi debebatur, quam rem reſtitnere. Quæro au creditor a debitore pignus repeteute totum eonſequi debeat, & quod ſibi debetur, & quod ſolvit alii creditori. Ait Paulus non eſſe idem dicendum. Et hoc eſt nou eſſe huic idem coucedendum, quod quærebamus: hoc dicit illis verbis: *non idem dici poteſt*. Quod quidem non tantum ratione omui carere: ſed etiam certis locis iu coutrariam ſententiam ſcriptis reſelli videtur. Cum eoheres qui coheredi damnatus eſt, adeo in eam ſummam pignoris reteutionem habeat, quod debitor liberatus dolo ſaciat, ubi non oblata pecunia pignus repetit: si poſſeſſor alius quivis creditori pignus perſequenti ſolvat, & dcbitorem eodem modo liberet, cur debitor si pignus rcpetat pecunia non oblata, non dolo ſacere dicatur, nulla ratio eſt. Iam vero & poſſeſſorem quiſquis eſt, qui ut pignus retineret, litis æſtimatiouem ſolvit creditori, poſſe in eam ſummam pignus retinere, planeque cum coherede, qui coheredi partem debebatur quæ ſolvit, comparandum eſſe his loeis clare oſtenditur *L. 2. §. Inter, D. com. divid. L. 2. D. quib. mod. pig. ſol.* Nos vero Pauli dictum ſic accipcre debemus; heredem cui pignus adiudicatum eſt, qui idem coheredi damnatus eſt, poſſe a debitore conſequi totum, quod ſolvit, non modo ſi tantum ſolvit, quod coheredi debcbatur: ſed etiam ſi quid amplius. Itaque illud verbum, quod Paulus ſupra poſuit ἐμφατικῶς dictum eſſe. Creditor autem qui pignus emit, ipſum quidem, quod alii creditori, cui ſolvit dcbebatur, conſequi poterit; in eamque rem exceptio doli proderit: quod ſuperioribus eius locis & æquitatis ratione deſenditur. At ſi quid amplius præſtitit, puta ipsius rei æſtimationem (ut ius eſt poſſeſſorem pignoris in tantam pecuniam crcditore ageute condemnari. *L. ſi inter, §. ult. D. de pig.*) quod ultra eſt, non eonſequetur: idemque non conſequctur totum, quod in eo, cui pignus adiudicatum eſt, prius dicebamus. Ratio differentiæ a Paulo redditur; quia *adiudicatio* inquit *neceſſaria eſt, emptio voluntaria*, ſignificant auxilio dignum eſſe eum, qui præſtare neceſſe habuit: non eſſe dignum eum qui ſua voluntate emit quia in poteſtate eius ſuerit non emere: neceſſitatis excuſatio similibus in cauſſis compluribus recepta *L. ſi fideiuſſor. §. ſi neceſſaria, D. qui ſat. cogan.* hic occurritur, non videri nos eohærcutia ſcribere. Sic enim dicimus coheredem eui pignus adiudicatum eſt, poſſe conſequi, quod amplius ſolvit, quam coheredi debebatur, quia neceſſitate fecerit: quaſi quicquam amplius præſtare cogatur. At quidem prius negabamus illum ultra id quod eoheredi debetur, condemnari. *L. 7. §. inter eos D. com. divid.* Id ſic accipiendum eſt, si ex æſtimatioue iudicis pignus hcredi adiudicatur, non ex licitatione. Si pignus adiudicatum a iudice æſtimandum eſt, non ſane vcro precio æſtimabitur pars, ſed in tantum duntaxat, quantum pro ea parte debetur. *L. 7. §. inter, D. com. divid.* Id enim iudicem ſpectare oportet, quod res eſt, id eſt, quantum ſit, quo coheredi ſatis fiat. At si eoberes, qui pignus non poſſidebat, ad licitationem provocavit, neceſſitatem hanc affert poſſidenti, ut aut æſtimationem rei offerenti pignore cedat, aut ipſe plus offerat, ut pignus ex licitatione auctore & adiudicante iudice retineat. Id vero eonſequi cum debere dicimus, si quis tantum præſtiterit, eitra adiudicationem, non poſſe. Hoc dictum de emptore pignoris Paulus deinde eorrigit exceptione, his verbis: *niſi ſi obiiciatur creditori, quod animoſe licitatus eſt*. In quibus verbis huiuſmodi exceptionem ſubeſſe puto ſuperioris ſententiæ. Non idem dicendum

Digitized by Google

dum eſt, inquimus, in creditore, qui pignus habet exemptione, & eo qui habet ex adiudicatione. Imo idem dicendum erit, ſi obiiciatur creditori; intellige, cui pignus adiudicatum eſt, quod animoſe licitatus eſt: animoſe licitari is dicitur, qui ſtudio pignoris retinendi plus offert, quam debebatur, & res valeat, quamque ſit ad pignoris conſervationem neceſſe. Hic vero ſingularis quædam obſcuritas eſt. Primum incertum reliquit, quem creditorem in his accipere debeamus, utrum eum, qui pignus emit volens, an eum cui pignus adiudicatum eſt. Vel verius, ut ſunt verba omnia eius præcedentia, videtur voluiſſe eum ſolum nos intelligere, qui pignus emit. Nam in hoc toto reſponſo hactenus hunc creditoris nomine appellavit: illum nominat coheredem, cui pignus adiudicatum eſt. At eum qui pignus emit, intelligere nullo modo poſſimus. Etenim ſi hic non conſequitur ultra quam debitorem liberavit, cum animoſe non emit: quanto minus id conſequetur, ubi animoſe emit? adde quod hic ex licitatione rem non conſequitur, ſed quia eam reſtituere noluit. Reſtat igitur, ut ratione potius, quam ex verbis quid ſentiat, colligamus: nimirum eum creditorem, eundemque heredem cui pignus adiudicatum eſt. Deinde & in eo obſcuritas non minor: quod in eo creditore, cui pignus adiudicatum eſt, ſi animoſe licitatus eſt, & in eo qui pignus emit idem eſſe dicit, neque hoc quid ſit exprimit. At quodnam hoc *idem* intelligimus? an ut is quoque qui emit; ſupra debitum conſequatur? ſed iam effectum eſt, hunc nihil amplius conſequi poſſe, quam quod debitoris nomine ſolvit. Quare hoc quoque ratiocinando aſſequimur, *idem eſſe* hoc ſenſu, ut neque is cui pignus adiudicatum eſt, cum animoſe licitatus eſt, quicquam amplius conſequatur, quam quod debebatur. Ad extremum hanc quoque ipſam exceptionem temperat illis verbis: *ſed huius rei ratio habebitur*; quorum verborum, hæc ſententia eſt, quod diximus neutrum ſupra debitum conſequi cum animoſe licitatus eſt, non ſimpliciter verum eſt: *ſed eius rei ratio habebitur:* id eſt, animadvertendum erit, utrum & quando id facere debeamus. Eſt enim, cum creditor qui animoſe licitatus eſt, ſupra id quod debebatur conſequi poſſit, ſi præſtiterit: eſt cum non poſſit. Non poterit, ſi nulla neceſſitate, ſine utilitate propoſita debitoris, ſupra debitum præſtitit: quia in eo negotium debitoris non geſſit. Si ex utilitate debitoris plus præſtitit, ut pignus retineret, non modo habebit retentionem huius rei nomine, ſed ultro actionem habebit adverſus creditorem, ut in Pandectis florentinis legitur, ultro, id eſt, etiam non exſpectato eo, dum creditor pignus ſuum petat. Recte: Quod enim creditor fecit, dum alii creditori ſolvit, videtur ipſe feciſſe per procuratorem; hic & rem domini gereret, creditor hoc facto geſſit. Sic autem debitori expedire poteſt, ſupra id quod debetur præſtare coheredi ad pignus retinendum, ſi periculum fuerit, ne adverſarius pignus receptum corrumperet, ut eſt ætatis imbecillitas, aut ſunt mores, ut ſi proponas nepotem aliquem & decoctorem bonorum ſuorum. Erit autem hæc actio pigneratitia contraria, in quam actionem veniunt, quæcunque in re pignori obligata utiliter geſta ſunt. Summa de poſteriore quæſtione propoſita hæc erit. Si ex duobus creditoribus, quibus eadem res pignori obligata eſt, unus alteri quid ſolvit, ut ſolus pignus haberet: ſiquidem nihil niſi quod illi debetur, repetet, ſive pignus ex adiudicatione, id eſt, neceſſario habeat, ſive ex emptione, *L.* 1. & 2. *quib. mod. pig. ſol.* ſin ſupra quam deberetur, ad rei videlicet æſtimationem: ita repetet, ſi debitori tantum præſtari expediebat, ad pignus ſervandum, neque hic quicquam magis quam ſupra intererit, quomodo creditor pignus conſecutus ſit. Si debitori non expediebat: hoc iam loco illa diſtinctio adhibenda erit, ut referre putemus, utrum ex adiudicatione pignus habeat, an ſua voluntate emerit: hic nulla pignoris retentio eſt: illic retentio eſt; ſi modo creditor animoſe licitatus non ſit: adiudicatio enim neceſſaria: emptio voluntaria.

Ad L.

Ad L. Filium quem, C. familiæ erciſcundæ.

DE ſententia huius reſcripti dici nihil poteſt niſi prius ſpecies facti intelligatur. Nam ex facto ius naſcitur. At, hoc loco ſpecies facti proponitur ambigue: ex quo obſcuritas quæſtionis: orationis igitur ambiguitas initio nobis explicanda eſt: verba hæc ſunt, quæ ambiguitatem habent. Teſtator ſanxit filium habentem fundum reſtituere portionem hereditatis. Duobus modis hæc verba accipi poſſunt. Poſſunt hoc modo: ut ſit ſenſus: teſtatorem iuſſiſſe filium habentem, id eſt, eum qui habebat fundum, reſtituere portionem hereditatis. Poſſunt hoc modo: ut ſit, teſtatorem iuſſiſſe filium portionem hereditatis reſtituere, habentem fundum id eſt ea lege, ut fundum ſibi ex hereditate haberet, a ſe deductum, videlicet hunc habens: ſic denique portionem reſtitueret. Ut priore quidem ſenſu, verbum hoc, *habentem*, verbo, filium adiungatur: poſteriore, adiungatur verbo reſtituere, eiuſque vim determinat. Utraque interpretatio ſuos auctores, & defenſores habuit magnos & eruditos viros: utra verior, videndum eſt. Et quidem, qui interpretantur, filium qui habebat fundum rogatum eſſe, hoc dicunt, rogatum eſſe eum, qui fundum habebat a patre vivo datum, ut eſſet apud filium peculii profectitii loco: ut ſententia hæc efficiatur, cum de quarta retinenda in ſpecie propoſita agatur, quartam in hoc fundo filio aſſignandam, neque ut alias ius eſt, cum nulla quarta retinenda eſt, fundum cum fratribus communicandum. Hæc ſententia neque verbis convenit, & ſententia etiam reſcripti refutatur. Iam primum hoc non convenit, quod filium hunc in poteſtate patris eſſe fingunt, cum illi peculium aſſignant. Nam peculium patrisfamilias eſſe non poteſt. *L. ultim.* circa fin. *C. de inoff. teſt.* potuit eſſe emancipatus, & reſcriptum filium ſimpliciter nominat. Ne illud quidem convenit, quod fundum datum volunt a patre, ut in peculio profectitio eſſet. Nam reſcripti verba ſunt, filium fundum habere. Potuit si in poteſtate eſſet filius, fundum aliunde habere, quam a patre & ea lege donatum ne ad patrem perveniret, quo caſu vel maxime fundum ex verbis habere diceretur. Verbis igitur hæc interpretatio non congruit. Sententiæ vero ipſi etiam maxime refragatur. Ait & reſcriptum portionem huius fundi hereditariam, in quartam imputari. Id si ſuperiorem rationem ſequimur, fieri non poteſt. Etenim rogatus filius portionem hereditatis reſtituere, portionem huius fundi hereditariam ex fideicommiſſo reſtituet. Nam hæc fideicommiſſo continetur, *L. in fideicommiſſariam, §. ult. D. ad Trebell.* Si reſtituit, eam non retinet; si non retinet, in quartam non imputat. Prius eſt enim ut quid habeas, quam ut in quartam imputes, *L. in quartam, ad L. Falcid.* Sed huic obiectioni occurritur a Bartolo. Negat enim partem hereditariam huius fundi reſtitui cum reliquo fideicommiſſo: non quia verbis fideicommiſſi continetur: ſed quia propter æquitatem rei iudex familiæ erciſcundæ huic filio aſſignare debeat, ut quartam, quam alias ex singulis rebus retinemus, nunc in hoc fundo habeat.

Itaque in eam ſententiam singularem hunc ex toto iure locum notandum putat, huius singularis iuris adverſus ſignificationem verborum, & regulas iuris has habet rationes, quod verisimile sit optaſſe teſtatorem, ut filius hunc fundum haberet ſe mortuo, quem ipſo vivo habuiſſet, deinde, quod minus grave futurum sit, & acerbum filio si ſuos labores ad alios transferri cernat, ipſe iis defraudetur, adverſus quas rationes hæc oppono: primum fieri poſſe, ut filius alium fundum malit, quem ex adiudicatione habere poſſit, deinde primam hanc quæſtionem eſſe, utrum eiuſmodi adiudicatio fieri poſſit, qualem ille vult, sic deinde videndum eſſe, an cauſſa sit, cur fieri debeat: hanc autem adiudicationem natura procedere non poſſe. Non poteſt iudex familiæ erciſcundæ quin aut partem diviſam huius fundi filio adiudicet, aut totum fundum. Partem diviſam non aſſignabit: quia reſcriptum de hereditaria loquitur; hereditaria autem portio indiviſa, fuſa per totum fundum. *arg. L. non poſſumus, D. ſi pars her. pet. L. coheredibus. C. hoc tit.* Rurſum totum fundum non adiudicabit: quia reſcriptum portionem tantum nominat, & præterea ſignificat, ſi hac parte hereditaria quarta compleatur, filium nihil ultra habere poſſe. Addemus etiam partem hereditariam fundi adiudicari poſſe, quid intereſſe tanti filii putamus, unam huius fundi particulam habere, ut totum non habeat? Reſtat, ut ita interpretemur rogatum eſſe filium reſtituere portionem hereditatis

tis habentem fundum, id eſt, ſic rogatum, ut deducto ſive præcepto fundo, quem præcipuum filium habere vellet, portionem hereditatis reſtitueret. Quod Lanceloto Polito recte viſum eſt, nec cur in hac ſententia aliquid Alciatus mutaret, quicquam cauſſæ fuiſſe reperiemus. (*vide Alciatum libro ſexto, paratit. Cap. primo.*) Sit igitur hæc ſpecies facti, & ad hanc ſententiam reſcripti hoc modo expoſita. Teſtator tribus filiis heredibus inſtitutis, uni ex his fundum prælegavit, fideique eius commiſit, ut ſibi habens fundum, portionem hereditatis fratribus ſuis, & aliis quibuſdam reſtitueret, ſub conditione, *ſi navis veniret ex Aſia*. Cavit præterea, ut coheredes vice mutua aliquid reſtituenti darent. Cum conditio fideicommiſſi poſtea extitiſſet, erat hæc prima quæſtio natura, quid iuris eſſet de reſtitutione. Sed ius certum eſt filium, cuius fideicommiſſum eſt, debere portionem hereditatis reſtituere, ita ut ex Senatuſconſulto, quartam habere debeat, §. *ſed quia heredes, Inſtitut. de fid. hereditat.* ita præterea, ut fundum hunc, de quo diximus præcipuum haberet ex voluntate teſtatoris, ut Scævola reſpondet in *L. Titia, D. ad Trebell.* Itaque eſt hæc quæſtio hoc loco prætermiſſa: Cum de quarta deducenda ſolum ageretur, fundum autem haberet filius eum, quem ante diximus; præterea pro eo quod reſtituebat, quædam a coheredibus viciſſim accepiſſet: quæſitum eſt, num ſupra ſcriptas res in quartam, & quid tandem ex iis imputare deberet: ut ſi quid amplius quarta a fideicommiſſariis accepiſſet, quod potiſſimum quærebatur, id reddere cogeretur. Imputare id eſt, acceptum ferre in quartam ut quod de ſuperſcriptis rebus habebit, tanto minus de hereditate queat deducere. Quæſtio in eo eſt, quid in univerſum in quartam fideicommiſſariam imputetur. De quo ſi ius breviter propoſuero, idque ipſum in hoc reſcripto tradi reperietur: ſatis erit argumenti hoc reſcriptum eam ſententiam, quam ſubiicio, non admittere ſolum, ſed etiam flagitare. Et placet in quartam fideicommiſſariam imputari quicquid non modo iure hereditario heres capit, qui rogatus eſt, ſed etiam quicquid iudicio teſtatoris: quod genus eſt, ſi quid ei legatum ſit, aut conditionis implendæ cauſſa datum. Vide etiam atque etiam num in *L. in quartam, D. ad L. Falcid.* quod dicitur, ex prælegato extra quartam eſſe, quod a coherede accipitur, tunc ſolum locum habeat, cum fideicommiſſum alii quam coheredi

reſtituitur. Si reſtituatur coheredi; contra ſit; ut in legatis, quæ ab uno alteri coheredi data ſunt. Nota & *L. Neſenius ad L. Falcid.* Et expende illud, *compenſato*, in *L. filius quem h. tit.* quod hic ſignificare videtur adverſus coheredes non imputari in quartam, quod a coherede accipitur; adverſus ipſum heredem imputari, & ut reſcriptum loquitur, compenſari id, quod heres fideicommiſſarius accepit cum eo, quod ab illo ſibi præſtari deſiderat.

Plane in re, quæ de hereditate prælegata ſit, eam partem in quartam imputari, quæ iure hereditario capiatur: quod autem, a coheredibus capiatur iure legati, extra quartam eſſe: hæc in *L. in quartam. D. ad L. Falc.* Eadem in hoc reſcripto tradi reperiemus. Nam & fundi, cuius meminimus, hereditariam duntaxat portionem in quartæ ratione retineri ſcriptum in eo eſt, & ſi quid a coheredibus vice mutua acceptum ſit, id non pro parte, ſed totum compenſari cum eo, quod retinere heres debuerit, ſive in eam rationem totum imputari: ſcilicet quia iudicio teſtatoris delatum ſit. Quod poſterius dubitationem non habet. Illud habet, quod dicamus hereditariam fundi prælegati partem, in quartam duntaxat imputari. Hic enim exoritur ratio Alciato, ſi fundus prælegatus ſit filio: non modo portionem hereditariam fundi in quartam imputari debuiſſe, ſed etiam debuiſſe reliquas, quæ iure legati habeantur. Demonſtrari hoc reſponſo Pauli quod extat ſub titulo *Digeſt. ad L. Falcid.* cuius initium eſt, *Neſennius*. Cuius reſponſi hæc ſumma ſit: ſi heres iuſſus quid coheredi dare, tantum a coherede capiat, quantum ab illo deducere deſiderat, non eſſe audiendum, ſed obſtare doli exceptionem, videri enim illi a coherede datum, ut ſuppleatur ex voluntate teſtatoris, quod deducere deſiderat. Quid autem aliud ſit in hac reſtitutione? filius de portione hereditatis, quam fratribus reſtituere debet, aliquid retinere deſiderat, at idem ab iis in duas partes huius fundi capit, *L. deducta, §. minus D. ad Treb.* Quod ergo ita capit in quartam imputabit.

Priuſquam de hac obiectione reſpondeo, illud mihi ad confirmationem prioris ſententiæ præfandum eſſe videtur: etiam ſi diſſimilitudinem reſponſi Pauli afferre non poſſemus difficultate aliqua aut ignorantia impediti: tamen parum ingenue feciſſe Alciatum, qui illius reſponſi ratione abuſus ſit, ut omnium certiſſimam

ſen-

ſententiam, quæ in aliis locis ſine controverſia cuiuſquam extaret, convelleret. Quid enim aliud in fideicommiſſaria reſtitutione de prælegato reſponſum & traditum eſt, quam quod in hoc reſcripto tradi diximus? Generaliter illa definitio eſt, ita ut nemo infirmare conetur, in *L. in quartam*, *D. ad L. falc.* Adeo autem idem de hac ſpecie Scævola ſcribit in *L. Titia*, *D. ad L. falc.* ut conſulto eo loco ſpecies poſita eſſe videatur, quæ ad huius reſcripti enucleationem referretur. Quæ huc pertinent, ut ita ſtatuamus, ſi obiectio *ex L. Neſenius*, neminem unquam movit, ut ſententiam certam de fideicommiſſaria reſtitutione duorum proximorum capitum mutaret: nihil fuiſſe cauſſæ, cur in *L. filius.* commutaret quæ eadem prorſus cum illa eſſe intelligatur. Nunc ergo quod ad defenſionem valeat, non interpretationis noſtræ, ſed eius ſententiæ, quæ a iuris auctoribus recepta & clare tradita eſt de iis, quæ in quartam fideicommiſſariam imputentur, reſpondeo: multum intereſſe; is ne quartam retinere a coherede poſtulet, a quo legatum eſt, an is, qui hereditatem rogatus eſt coheredi reſtituere; referre denique utrum quarta de legato coheredi relicto, ex lege Falcidia detrahatur; an de fidei commiſſo ex Senatus conſulto. Qui de legato, quod coheredi traditum eſt, deducere vult, ſi quid ei viciſſim legatum ſit, id facere poterit, at in quartam imputabit. Quia teſtator utrique pariter legando, parem iu his legatis conditionem heredum eſſe voluit, id eſt, legatum utrique præcipuum, ut ſi is, qui lege falcidia utitur, fundum ſibi legatum, præcipuum habere poſtulet, idem coheredi in eodem legato concedere debeat. Quæ ſpecies eſt apud Paulum, expoſita *d. L. Neſenius*. Qui autem de fidei commiſſo quartam a coherede petit, huic ſi quid legatum eſt de hereditate, & quartam habere debebit ex Senatus conſulto; neque de voluntate teſtatoris in quartam imputabit, quod in eo legato a coheredibus iure legati habeat; idcirco quia teſtator non parem horum heredum in accipiendo relicto cauſſam eſſe velit, ſed eius, cui prælegatum datum eſt, præcipuam, id eſt, talem, ut cum fundum habere velit, præter hereditatem, & hoc ſepoſito, nihilominus reliquam hereditatem cum coheredibus partiri. Hæc ſententia magis nobis probabitur, ſi expendemus reſponſum illud Pauli, non eſſe ex iure certo, ſed effici interpretatione voluntatis, cum autem quæritur, quid teſtator quemque heredem præcipuum habere velit, recte opinor voluntas ſuperioribus coniecturis explicatur: ad ſummam; ut ſimilitudinem horum locorum explicare non poſſim; illud conſtabit; aliud in reſtitutione fidei commiſſaria iuris eſſe, aliud in cauſſa legatorum, cum heredi onerato aliquid legatum eſt, & nunquid ex eo legato in quartam imputetur, quæritur. Sed illa intellecta quam, (ſupra dixi) aliam credo non magnopere deſiderabimus. Hoc poſito iure de fidei commiſſaria reſtitutione, nonnulla quæruntur & merito, cur & illa in quartam imputentur, & hæc non computentur; & rurſum cur diverſum ſtatuamus in quarta, quæ de legatis detrahitur ex lege Falcidia, atque in ea, quæ ex Senatus conſulto. Sed hæc ſi placet, paulo poſt videbimus, ita ut eadem opera ratio eorum, quæ traduntur in *L. in quartam D. ad L. falcid.* explicetur. Nunc quæ in reſcriptis ſequuntur, ſubiiciemus, ait igitur reſcriptum, ſi quid iis, quæ diximus; in quartam imputatis, ad quartam deſit, tum id in ſupplementum deducendum. Recte reſcriptum deducendi verbo utitur. Quarta & de hereditate deducitur, ut ex legatis. Quod ne monuiſſem quidem; eſt enim hoc clarius ſcriptum apud Iuſtinianum *in §. ſed quæ heredes, Inſt. de fid. hered.* quam ut dubitari oporteat, niſi quidam, de hoc verbo ſibi non liquere dicerent, atque adeo ita inepte legi affirmarent. Ut pro deducto, adiecto, reponerent; qua in re facile declararunt, quam perículoſa res ſit, nimia iſta & inſolens ex locorum correctione & innovatione laudis ingenii affectatio, quæ illos tam nihil interdum in rebus etiam certiſſimis videre doceat. Sequitur in reſcripto. Quod a cæteris in eo fundo ſolvitur, ſupra quartam habens reddere compellitur. Horum verborum ſenſus, qui quidem ad ſuperiorem hypotheſin accommodetur, duplex tantum eſſe poteſt, Alter hic, de Alciati ſententia, ut cæterorum nomine eoſdem coheredes accipiamus, quibus fideicommiſſum reſtituitur: hoc autem Imperatores dicere intelligantur; quæ partes a coheredibus in hoc fundo præſtantur, eas partes filius ſupra quartam habere, id eſt, quod ſupra diximus; in quartam non imputare. Ita filius habens reddere compellitur, ſupple portionem hereditatis, de qua rogatus eſt. Sententia per ſe veriſſima, ut ſupra quoque oſtendimus: ſed eiuſmodi quæ verbis non ſane congruat: primum quod reſcriptum cæteros dicit: at prius coheredes nominabant, ita ſtatim, cæteros ſubiiciendo, alios quam coheredes intelligere ſe arguit,

arguit, quibus videlicet præter heredes filius portionem hereditatis reſtituere debuit: idque eſt, quod In principio reſcripti dicitur, fratribus & aliis quibuſdam reſtituere ſanxit teſtator, & ab his qui coheredes non ſunt, fundus hic non præſtatur. Deinde ex hac ſententia id erit, in reſcripto prætermiſſum, quod præcipue quærebatur, quid filius reddere debeat. *Reddere*, inquiunt Imperatores, *filius compellatur*. Quid nam quæret aliquis? portionem hereditatis, inquimus. At hoc reſcriptum non adiicit & poteramus quidvis aliud Intelligere, fortaſſe quartam etiamsi non recte; inepte igitur hoc ita ſcriptum fuerit. Eſt igitur hic ſenſus iudicio meo; cæteros, quibus fideicommiſſum reſtitui debebat præter coheredes, ut reſtitutionem fideicommiſſi impetrarent, ſolviſſe filio æſtimationem aliqua parte fundi, quaſi ipſi quoque aliquid in eo fundo præſtare deberent, ut ad fideicommiſſum pervenirent. Id filius ſupra quartam habens, id eſt, quia ſupra quartam habet, reddere compellitur.

Dicet aliquis: atqui cæteri nihil ex eo fundo debebant, qui ſi hereditarius eſſet, hunc filius partim heredItario, partim legati iure haberet: ſin minus, tanquam coniunctæ perſonæ relictus a ſolis heredibus præſtari debet. *L. cum alienam, C. de legat.* Sed fieri poteſt, ut errore illi ſolverint, quaſi deberent, aut præſtiterint ut citius fideicommiſſum conſequerentur. Denique nihil ad rem pertinet, cur ſolverint, ſi ad quartam nihil ex eo debebatur, ut non debebatur, cum filius fundum alium haberet: hæc enim ſententia eſt: quicquid filius ſupra quartam habet, reſtituere compellendum, hoc reſcriptum ad rationem huius iudicii ita pertinet. Proponitur unus ex heredibus, cogi portionem hereditatis reſtituere: proponitur etiam ſententia noſtra, fundus illi prælegatus. Si ex hac reſtitutione hereditas dividenda eſt: inter hæredem & fideicommiſſarios ita dividetur, ut fideicommiſſarii dodrantem habeant, hæres quadrantem eius portionis, ut ita dividatur inter heredem & fideicommiſſarios hoc iudicio agitur. *L. ſed & eius, D. eod.* Deinde ſi quid uni relictum ſit, id heres hoc iudicio præcipuum conſequitur. *L. ſi qua, C. eod.*

Nunc illa, quæ dixi circa quartam quæri, paucis conſideremus: fundi prælegati partem hereditariam in quartam imputari traditur, & hic & in *L. in quartam, ad L. Falcid.* Quod declarat filium & fundum totum habere, qui prælegatus eſt, neque quicquam ex eo reſtituere, quod Scævola quæſtione nominatim de eo genere propoſita reſpondet *in L. Titia, D. ad L. Falc.* & quod habeat, id partim hereditario iure, partim non hereditario habere, id eſt, iure legati; cæterum cum habet totum: nihil tamen amplius, quam quod iure hæreditario habeat, in quartam imputare. Quod totum habet, non mirum, cum totus ſit legatus: ut autem habeat totum, non iure legati, cum ſit legatus, ius facit. In perſona namque heredis, quatenus heres eſt, legatum non conſiſtit: cum ſufficiat ad ius dominii quod rem iure hereditario habeat. *L. legatum. §. 1. D. de leg. 1.* Tribus igitur heredibus ut propoſuimus, inſtitutis, filius tertiam partem iure hereditario habebit: cæteras accipit a coheredibus iure legati. *L. deducta, §. nummis, D. ad Treb. L. cum pater*, in princ. *D. de leg. 2.*

Illud in quæſtionem vocatur, quod ne hereditariam quidem partem reſtitui dicimus. Quid enim in quartam retineri dicimus, id valet ſimpliciter retineri, neo in fideicommiſſi reſtitutionem venire. At filius portionem hereditatis reſtituere rogatus eſt, Id eſt, quiequid haberet hereditarium; hæc autem portio fundi, citra controverſiam, hereditaria: verbis igitur fideicommiſſi continetur. Id vero etiam diſerte ſcriptum eſt in *L. in fideicommiſſaria, §. ult. D.* ad Treb. *Si*, inquit Ulpianus, *legatum ſit heredi relictum, & rogatus ſit, portionem hereditatis reſtituere, id ſolum non debere eum reſtituere quod a coherede accepit, cæterum quod a ſemetipſo ei relictum eſt, in fideicommiſſum cadere. Divus Marcus decrevit.* Sed multum refert: utrum heres cui iam ante legatum erat, rogetur ſimpliciter reſtituere portionem hereditatis, an vero reſtituere deducto ſive retento aliquo fundo.

Si ſimpliciter rogatur, nihil excipitur, quod ſit hereditarium; itaque omnia verbis ſideicommiſſi continentur. Id ſuperior locus Ulpiani demonſtrat. Quod si ita rogatus sit heres reſtituere, ut fundum ſibi habeat quod in ſpecie huius reſcripti factum proponitur: apparet nihil de fundo in reſtitutionem venturum, cum nominatim fundus exceptus ſit. Sed & ſi teſtator heredem roget hereditatem reſtituere, poſt ei leget, legatum in fideicommiſſum non veniet. *L. Titia, D. ad L. Falcid.* quaſi legatum fideicommiſſo ſit, ut poſterius, ita potius. Illud etiam non liquet, cur cæteræ res, quæ iudicio teſtatoris capiun-

piuntur, quanvis legatæ in quartam fideicommiſſariam imputentur; in rebus prælegatis placeat id ſolum imputari, quod iure hereditario capitur; reliquas partes extra quartam eſſe quæ iure legati a coheredibus capiuntur. Id vero in prælegato voluntas teſtatoris facit quæ ita colligitur. Cum teſtator unum ex heredibus aliquid quod ſit hereditarium deducere, ſive ſibi habere iubet, iubet nimirum hoc illi eſſe præcipuum: id eſt ita eum habere, ut hoc deducto nihilominus cum reliquis heredibus hereditatem partiatur, quod verbum præceptionis ſatis declarat, quod in hoc genere uſurpatur. At non habebit heres fundum præter reliquam hereditatem, ſi in quartam acceptum ferret. Quantum enim in quartam imputabit, tantominus habebit de hereditate. Id vero contra voluntatem teſtatoris. At enim hac ratione, dixerit aliquis, non debebit ne eam quidem partem in quartam imputare, quam iure hereditario capit, quandoquidem ut diximus; teſtator velit totum fundum illi eſſe præcipuum. Non recte hoc colligitur. Non enim eadem cauſſa eſt eius portionis, quæ hereditaria eſt, & cæterarum, quæ a coheredibus accipiuntur; non idem iudicium de utroque genere teſtatoris. Hæ enim in quartam non imputantur, quia ſecundum voluntatem teſtatoris retinentur: non enim eas reſtituere rogatus eſt, qui portionem hereditatis rogatus eſt. Illa contra voluntatem: cum fidei commiſſi verbis contineatur, niſi in quartam imputetur, ut tantum de hereditate reſtitui oporteat. Detinebitur quidem hæc portio, ſed ita, ut tantum in quartam imputetur. Quæ Scævolæ ratio eſt in *L. Titia D. ad L. Falcid.* Adde quod partem hereditariam in quartam imputando heres tantum de hereditate retinet: quod omnibus legibus, quæ ſunt de quarta retinenda, ad quartam ſatis eſt. Cæteras imputando, neque eas tanquam hereditarias habet, & tanto minus de hereditate retinet. Hæc de prælegato hoc excepto; cætera quæcunque iudicio teſtatoris aliunde ad heredem venerunt, in quartam ex Senatus conſulto imputari placet. In quo rurſum magna quæſtio eſt, cur in quartam, quæ ex lege falcidia retinetur, nihil eorum imputetur: ut enim non ſine cauſſa id quæri intelligatur, *in §. ſed quia heredes Inſt. de fidei hered.* ſcriptum eſt, *ei qui rogatus eſt hereditatem reſtituere, perinde licere quartam partem retinere, atque ex lege falcidia ex legatis conceditur.* Ut igitur retinetur ex lege falcidia, ita retinebitur ex Senatus conſulto. Et quo minus hæc ſimilia eſſe dubitemus, paſſim quæ ex Senatus conſulto in reſtitutionem, hæreditatis quarta retinetur, ex L. falcidia detrahi dicitur ſcilicet, quia huius legis exemplo detrahitur. *L. Titia D. ad L. fal. L. coheredi, §. cum filiæ D. de vulg.* Differentiæ rationem refutatis aliorum ſententiis conatus eſt explicare Andreas Alciatus, *lib. 6. paratitl. c.* 5. ſed parum, quod res declarat; aſſecutus eſt.

Animadverti oportet quis ſit is, qui quartam detrahere vult. Tum hoc quod habet, quo iure habere debeat, facile ſtatui poſſit, exiſtimo. Multum ergo intereſt, utrum is heres ſit, a quo ſupra dodrantem legatum eſt, an is ſit, qui rogatus ſit ipſam hereditatem reſtituere, ut hereditate exhauſta pro herede habeatur, aut non habeatur. Cum ab herede legatum eſt, legatis ſolutis etiam ſi nihil reliquum ſit ex hereditate, nihilominus heres manet in ſolidum, qui ante fuerat, & omnibus oneribus hereditariis obligatur; legatarii onere tenentur æris alieni, *L. ult. C. de her. act. L. ſi hereditatem, L. Mævia.* Conſentaneum igitur, ut qui reſtituta hereditate heres manet, is tanquam heres quartam habeat; præſertim cum legis falcidiæ verba ita ſint; *ne minus quam quartam partem hereditatis heredes ex teſtamento capiant, L. 1. ad L. falcid.* In fideicommiſſi reſtitutione ratio perſonæ commutatur, heres enim hereditatem reſtituere rogatus, quantum de hereditate reſtituit, non dico, ad dodrantem uſque (quod conſtat) ſed etiam ſupra dodrantem, eatenus oneribus hereditariis Senatusconſulto Trebelliano liberatur: actioneſque tam fideicommiſſario, quam in fideicommiſſarium dantur, breviter vi ipſa heres eſſe deſinit. *L. 1. D. ad Trebell. §. ſi quis una, Inſt. de fid. hered.* Non recte igitur, ut qui heres non eſt, ſi ſibi tanquam heredi quartam apponi poſtulet: cum præſertim ſi quid iure legati habeat, & in quartam imputet, eatenus omni moleſtia æris alieni exoneretur, *d. §. ſi quis una, Inſt. de fid. her.* hic nobis occurritur. Quod enim reſtitutis legatis ex lege falcidia heres, nihilominus heres manet, & creditoribus hereditariis tenetur, id perinde accipi debet, quaſi nec teneretur: cum antequam legata præſtentur, ex lege falcidia æs alienum deducatur. *§. ult. Inſt. de L. fal.* hoc non arguit heredem iam heredem non eſſe, & omni moleſtia, atque onere hereditario liberatum. Æs alie-

num

num ante omnia detrahitur, ſed ideo non de ſuo præſtat. Cæterum tenetur ipſe creditoribus hereditariis, quorum actiones excipere cogitur, in quo illi iudicii moleſtiæ ſuſcipiendæ ſunt. Adde ſolutionis curam ut caveat, ne cuiquam minus recte ſolvat, cui ſcilicet nihil debeatur: quod ſi fiat, periculum eis eſt *arg. L.* 3. in fin. 1. *reſ. D. ad L. falcidiam*.

Si qui forte miretur diligens & acutus lector, quod huic Auctoris Conſilio duplex ſummarium ſit appoſitum: Alterum videlicet initio præmiſſum, quod generales iuris locos indicat Conſilio eidem adſperſos; alterum quod quibuſdam locorum intervallis diſpoſitum præcipuam rerum ipſarum tractationem connotat, atque diſtinguit: nos facile ſtudioſo cuique ſatisfacimus, illudque reponimus, nihil hic a nobis immutatum: ſed omnia hæc, qualia in Wecheliana Harnoviæ Editione in 8. *conformata deprehendimus, integre a nobis eſſe ſervata; illud tamen commodo legentium fecimus ut numeros in margine haberemus appoſitos, qui prioris & generalis ſummarii numeris reſponderent. Quod te monitum voluimus, humaniſſime lector.*

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
CONSILIUM,
ACADEMIÆ ALTORPHINÆ
NOMINE SCRIPTUM.

De iure paſcendi & aliis iuribus pluribus.

SUMMARIUM.

1. *Rerum acquirendarum cauſſæ inter cæteras iure receptas uſitatiſſimæ ſunt, traditio & conceſſio eius, cuius res fuit, & eius rei uſucapio.*
2. *Iuſtrumento tam diu ſtatur, donec coutrarium probetur.*
3. *Actore non probaute, Reus abſolvitur.*
4. *Negantis factum per rerum naturam uulla eſt probatio.*
5. *Reg. Non probat hoc eſſe, quod ab hoc contigit abeſſe.*
6. *Exemplo inſtrumeuti quateuus credatur.*
7. *Scripturæ de rebus fiunt, ut quod actum eſt, per eas facilius probari poſſit.*
8. *Plus valet quod actum, quam quod ſcriptum eſt.*
9. *Ordo ſcripturæ & rei geſtæ licet convertatur, nihilominus quod ſcriptum eſt valet.*
10. *Alteri per alterum iniqua couditio inferri non debet.*
11. *Iudex in propria cauſſa nemo eſſe poteſt.*
12. *Propria cauſſa dicitur, Cuius commodum aut incommodum ad aliquem ſuo uomine pertinet.*
13. *Patronus in cauſſa, cui patrocinium præſtat, teſtimouium dicere uon poteſt.*
14. *Teſtis in re ſua nemo idoneus eſt.*
15. *Iudicis Officium in quibus conſiſtat.*
16. *In uſucapione quæ potiſſimum ſpectanda ſint.*
17. *Succedens in alterius locum iuſtam ignorantiæ cauſſam habet.*
18. *Ignorantia facti niſi ſupina nemini uocet.*

Commemoratio privilegiorum in ſpecie.

VIR nobilis Gabriel Mendelius iura habet magna & nobilia complura in prædio Steinfels, nempe hæc, Hoffmarckgerechtigkeit, ſecundum conſuetudinem Dominatus Parckſtein, quo verbo hæc continentur, ut omnia iura in ſubditos habeant in civilibus Mendelii; in criminalibus autem ſuo modo; item ius paſcendi in ſylvis principis; item ius arborum radicitus extirpandarum ad agros inſtituendos prata & piſcinas habendas, & alia quæ in his locis libet. Item ius lignandi in iiſdem ſylvis Principum, item ius vendendi potus cuiuſque generis, item ius venationis ſuo quoque certo modo, in quibus omnibus præfecti Principum Mendelios defendere ac tueri debent. Præterea inter hæc iura eſt hoc, ut ad querelas ſubditorum non cogantur reſpondere niſi apud præfectum Principis in Parckſtein. Etiam hoc ius eſt inter cætera ut carbones ad uſum ſuum omnis generis conficere poſſint, ſoluto conſueto precio; quæ omnia ante innumeros annos conceſſa eius maioribus cum ab his ipſis eorumque ſucceſſoribus, tum ab eo, qui

& ſuc-

& ſucceſſor eſt, continua ſerie ſine interruptione ſunt uſurpata: nec ſe aut maiores ſuos ante hunc annum ab ullo unquam controverſiam horum iurium eſſe paſſos dicit, quin qui litem movebant Principes aut eorum conſiliarii inſtrumento inſpecto conceſſorum horum iurium ſtatim litem remitterent, & Mendelios in ſuo iure manere iuberent.

Narratio turbatæ poſſeſſionis ſupradictorum privilegiorum.

NUper admodum, id eſt, hoc anno 1589. extiterunt Aſſeſſores Præfecturæ Ambergenſis, qui de his iuribus huic Gabrieli Mendelio controverſiam facerent; & inſtrumentum conceſſorum quod Gabriel Mendelius ipſis petentibus exhibuerat; & quo eodem, præcipue ius Mendeliorum, nititur, falſum eſſe confirmarent; ut ita Mendelius omni illo ſuo iure everteretur. Cuius controverſiæ exitium ille metuens nos conſulit & prolatis omnibus inſtrumentis ad eam cauſſam pertinentibus, quæ penes ſe habet, quæris, num quid in his putemus eſſe idoneum aliquid, quo illa iura recte tanquam ſua defendat, ne ſi id nihil eſt, temere litiget; ſin eſt aliquid, temere indefenſum ius ſuum relinquat, quod per tot annos ſalvum & inconcuſſum ipſe & Maiores eius obtinuerant.

Tranſitio ad quæſtiones in hoc caſu propoſitas.

NOs omnibus inſpectis & diligenter, quoad pro fide licuit expenſis, ita comperiſſe videmur, ut bona conſcientia exiſtimemus, Gabrielem Mendelium in hac cauſſa iura illa, de quibus agitur, iure optimo tanquam ſua ſibi defendere, ut & poſſidens exceptionem ſibi tueri, & controverſiam paſſus adverſus quoſvis, qui litem moveant, ea perſequi & vindicare poſſit. Movemur his rebus.

Diſtributio partium huius Reſponſi.

1 INter cæteras cauſſas rerum acquirendarum iure receptas duæ hæ ſunt iuſtiſſimæ & uſitatiſſimæ, traditio conceſſiove eius, cuius res fuit; & eius rei uſucapio, ſive longi temporis præſcriptio, §. *per traditionem, Inſtit. de rer. divi. titulo Inſtit. de uſucap. & long. temp. præſcript. L. unica, Cod. de uſucap. transf.* toto *tit. C. de præſcr. long. temp.* Hæ duæ cauſſæ, ut quidem nobis animadvertere licuit, ſic in hac cauſſa pro Mendelio concurrunt, ut ſeparatim ſingulæ iura ſuperiora illi tribuant.

De priori cauſſa illi controverſiam fieri videmus. Poſterior certe eiuſmodi eſt, ut quanvis prior deficeret; tamen in hac poſteriore ſola acquieſcere poſſe videatur: ſed nihilominus reperietur & prior illi iure conſtare, ac de ſingulis quod videtur, dicemus.

Pars prima, quæ verſatur circa traditionem & conceſſionem.

DE traditione & conceſſione ſuperiorum iurium ita comperimus. Proferunt Mendelii inſtrumentum vetus conſcriptum, ut inſtrumenti verba declarant, Anno 1437. quo inſtrumento comprehenſum eſt Illuſtriſſimos Principes, Fridericum Brandeburgicum & Ioannem Comitem Palatinum, propter ſervitia & varia officia D. Imperatoribus & Palatinis a Mendeliis præſtita, confirmare his quod in ſe eſt, ſimul & concedere omnia iura, quæ in prædio Steinfels olim Maiores & Parentes Mendeliorum habuerunt, nominatim hoc addito, ut inter cætera iura quæ illic enumerantur, ſciant Mendelii ſibi in prædio Steinfels conceſſa eſſe Hoffmarckgerechtigkeit pro iure Dominatus Parckſtein in quibus ſunt illa iura, de quibus diximus.

Quæ ſi ita ſunt, & verum eſt inſtrumentum, nemo dubitare poteſt, quin ab illuſtriſſimis Principibus, penes quos in ſua ditione ſuperiora iura ſunt, quique hæc eadem, quibus velint, concedere poſſunt, hæc ipſa iura ſuperiore conceſſione tranſlata ſint in Mendelios, & ea tranſlatione Mendeliis iure optimo & iure naturali quæſita. Vere enim dicitur in *d. §. per traditionem, Inſtit.* de rer. diviſ. *nihil tam naturale eſſe, quam voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis, ratam haberi:* præſertim cum ob merita in Rempublicam collata ab eo, qui beneficio afficitur, aliquid conceſſum eſſe dicitur, quod hic factum eſt; ac ne de eo quidem dubitant domini Aſſeſſores Ambergenſes, ſiquidem conceſſio ſuperior idonee probaretur.

Refutatio argumentorum de falſo inſtrumenti.

SED cum ipſis petentibus & deſiderantibus de iure Mendeliorum amplius edoceri, inſtrumentum a Gabriele Mendelio ultro exhibitum eſſet; illi poſt diligen-

ligentem inquiſitionem in id inſtrumentum habitam, dicunt ſed deprehendiſſe inſtrumentum falſum eſſe, & ſe id pro tali habere; ut ſi Mendelii in hac cauſſa ad fidem iuris ſui in poſterum eo uti velint, non modo non proſit ſibi, ſed etiam ſeipſos refellant, inſuper etiam ſe falſi alligent.

Gabriel Mendelius hoc inſtrumento uti non vult, ſi falſum.

AD hanc tam novam, certe inexpectatam vocem hæc Mendelii Gabrielis prima defenſio eſt, teſtari, ſi id inſtrumentum de quo agitur, falſum ſit, ſe eo uti nolle; bona ſe fide tanquam verum & iuſtum inſtrumentum apud ſe habuiſſe, eoque in multis aliis auditoriis & in hoc ipſo Ambergenſi, cum ad exhibitionem huius inſtrumenti, & iuris ſui probationem ipſe vocaretur, ſæpe uſum fuiſſe; nec quenquam antea eſſe inventum, qui inſtrumento viſo ei non acquieſceret. Ne nunc quidem ſe amentem & inſanum futurum fuiſſe, ut ſi quid falſum in eo eſſe ſciret, aut ſuſpicaretur, inſtrumentum id proferre vellet: quo falſo invento & cauſſam ſuam aperte læderet, & de exiſtimatione quoque ſua in diſcrimen veniret: non dubitare ſe, quin domini Aſſeſſores ſedulo & ex animi ſui ſententia dicant, quod dicunt ſibi id inſtrumentum falſum videri; ſed viciſſim bona venia petere eum, ut ſibi liceat ius ſuum indefenſum non relinquere, nec prius id quod obiiciatur admittere, quam ita eſſe probetur, quo non probato, petit ut inſtrumentum in ſuo loco, in quo antea fuit, etiam nunc maneat & fidem, ut prius, faciat.

Honeſta hæc & iuſta petitio eſt, & in
qua quod petit, omnino illi concedi oporteat. Hæ enim ſententiæ omni iure re-
2 ceptæ ſunt nemine Doctorum refragante,
ſemper ſtandum eſſe inſtrumento donec
contrarium probetur, *L. cum precibus, C. de prob. Cap. tertio loco, ext. eod.*
3 *titulo*. Item actore non probante in ſuo
loco manere poſſeſſionem, & Reum obtinere, *L. qui accuſare C. de den. §. retinendæ*, verſ. *commodum*, *Inſt. de interd.*

Aſſeſſores in exceptione falſi, actoris partibus funguntur.

IN propoſito autem Domini Aſſeſſores falſi exceptione adverſus inſtrumentum utentes, in ea exceptione actoris partibus funguntur, atque adeo actores ſunt, eamque exceptionem, velut intentionem probare debent *L. exceptionibus D. de probat. L. 1. D. de excep.* Quod illi non ignorantes ad probationem exceptionis ſuæ cauſſas falſi reddunt, de quibus & Mendelius nos conſulit, quæritque videanturne illæ cauſſæ idoneæ, quibus falſum arguatur. Quibus lectis & diligenter expenſis, negavimus, idoneas nobis videri, quod ſequitur, ut demonſtremus. Ac quo res tota magis pateat, de ſingulis reſpondebimus ordine.

Refutatio primi argumenti de litera nova.

DIcunt figuram literarum, quibus inſtrumentum exaratum eſt, eſſe novam, certe recentiorem, quam ut conveniat ei tempori, quo inſtrumentum ſcriptum eſſe dicitur. Denique eo tempore, quod inſtrumento eo comprehenſum eſt nullam eiuſmodi figuram literarum in uſu fuiſſe, & ne videantur ſine probatione dicere, probant hoc modo quod dicant in Cancellaria in antiquis inſtrumentis nullam eiuſmodi figuram reperiri. Multa ſunt quæ hic reſpondeamus. Primum ſi eius temporis aliæ formæ ſcribendi reperiuntur, idcirco neceſſe eſt non fuiſſe aliquos eodem tempore, qui aliter atque elegantius ſcriberent.

Scimus enim omnibus temporibus non omnes homines eodem modo ſcribere ſolere: ſed in hac re, ut & in cæteris omnibus, ſua cuique dona a Deo delata eſſe, alii ut pingant melius, celerius & elegantius: alii deterius & obeſius. Quod autem dicunt ſe in Cancellaria in antiquis inſtrumentis nullam eiuſmodi figuram literarum inveniſſe, quid tandem hac ratione efficere ſe putant. An idcirco aliis literis alia inſtrumenta eodem tempore ſcripta nulla fuiſſe? Nullum vero hoc argumentum eſt, fieri enim poteſt ut mille alia iiſdem characteribus, quibus hoc noſtrum, eodem tempore ſcripta fuerint, neque ad nos pervenerint. Fieri poteſt ut pervenerint, ſed adhuc lateant, nec ſint inventa. Denique qui hoc dicunt, eo tempore nullam formam ſcribendi fuiſſe qualis in hoc inſtrumento cernitur, factum negant. Atqui didicimus & experientia rerum & certo iure edo-

Digitized by Google

4 edocti, factum negantis per rerum naturam nullam eſſe probationem *L. actor*, *C. de probat. L. aſſeveratio*, *C. de non num. pecu.* Non enim ſi mille dicant, ſe nihil vidiſſe eiuſmodi, idcirco id ita factum non eſt. Potuerunt namque omnes id non videre, quod tamen alii viderunt: aut nemo vidiſſe, quod tamen factum fuerit. Dicent probabiliter dici non videri, inſtrumentum eo tempore ſcriptum fuiſſe, quod alii aliter vulgo ſcripſiſſe proponuntur. Sit ſane hoc ita probabile, ut potuerit ita eſſe, ſed ſi eſt eiuſmodi, ut potuerit etiam non ita evenire, quale hoc eſt, non eſt tale, ut fidem faciat, aut in iudiciis pro idoneo argumento admitti, & adverſario nocere debeat. Traditum diſerte in *L. neque*, *Cod. de prob.* Unde illud vulgatum omnium conſenſu recep-
5 tum: Non probat hoc eſſe quod ab hoo contingit ut abſit; ſed minime admittendum in iudiciis & maxime iis in quibus de re gravi agitur, puta de falſo ut in hac cauſſa, in quibus ius exigit certas probationes indubitatas & luce meridiana clariores, *L. ultim. C. de prob.*

Secundi argumenti de membrana & ligulis refutatio.

Dicunt membranam, & ligulas appenſas recentiores eſſe, quam ut vetuſtæ exiſtimari debeant. Atqui exemplum, in quod authenticum illud a Notario publico tranſcriptum eſt ante triginta annos & amplius, teſtatur authenticum illud pervetuſtum eſſe. Agnoſcit enim notarius, qui exemplum confecit, authenticum ipſum, unde exemplum ducebat, tunc temporis fuiſſe cum id deſcribebat; ut profecto, ſi annos authentici inſtrumenti ex exemplo æſtimamus, non potuerint & membranæ, & literæ & ligulæ appenſæ non
6 eſſe pervetuſtæ. Exemplo quidem non creditur in his, quæ tanquam ex authentico referuntur, in quibus placet ipſum authenticum proferri, & fidem ex eo peti debere, *authent. ſi quis in aliquo*, *C. de eden. leg. 2. D. de fid. Inſtrum.* At quæ in exemplo de ſe affirmat Notarius, in his inſtrumento non minus creditur, quam cum in aliis authenticis aliquid de re affirmat: qualia ſunt, cum declarat quis exemplum deſcripſerit ex quo & quali authentico, quando & quibus præſentibus.

Sed eſto, nullum tale exemplum proferatur, quod de authentico ſuperiori teſti-

ficetur: an putamus quod membrana authentici munda ad nos pervenit, idoneum argumentum eſſe, membranam eſſe recentem, non eam quæ tot annis retroverſus eſſe potuerit? Nobis quidem nullum id argumentum eſſe videtur. Verum enim hoc eſſe experientia communis teſtatur, inſtrumenta quæ bona & bene parata membrana excepta ſunt, cura & diligentia dominorum ita haberi poſſe, ut integra & velut ſemper nova in multos annos obſervari poſſint. Vel Mendelius ipſe inſtrumenta alia quædam ad hanc cauſſam ſuam pertinentia, & ea præterea, de quorum fide non dubitatur, apud ſe habet ita integra & munda, ut ante annum ſcripta videri poſſint, inſtrumenta, quæ ſæpe tractantur manibus, aut in locis patentibus ad fumum, aut ſolem, aut ſordes domeſticas ſunt expoſita, fieri non poteſt quin atterantur tempore, & aliquid vitii ex vetuſtate contrahant. At quæ ſemper ſeorſim habentur bene condita, & ad uſus tantum neceſſarios aſſervantur, non mirum ſi veterem nitorem & formam ſuam in longiſſimum tempus retinent, aut parum de ea remittunt. Poſtremo tam multi tum illuſtres, tum præſtantes in Republica viri hoc ipſum inſtrumentum antea, cum de his ipſis iuribus fieret Mendelio controverſia, & viderunt, & diligentiſſime inſpexerunt; nemo tamen unquam fuit, qui non lecto & inſpecto diligentius inſtrumento, non reſtitueret id Mendelio, & ſibi ſatisfactum eſſe declararet. Fecit hoc anno 1555. Wolfgangus Comes Palatinus, eo tempore vice Dominus Ambergæ. Fecere anno 1557. Aſſeſſores Electoralis Regiminis Ambergenſis, idem Regimen anno ſubſequente poſt 1558. per Dominum Chriſtophorum Iacobum a Plaſſenburg Iudicem Provincialem, & Iohannem Steinhauſerum, Quæſtorem Ambergenſem iuſſit ſignificari Conſiliariis Neoburgenſibus Sultzbachii, ſe nomine Electoris, cauſſa cognita privilegia Mendeliorum, de quibus agitur, ut iuſta approbaſſe. Rogare ſe Neoburgenſes, ne quid contra decretum ſuum maturo conſilio datum movere, & Mendelios in ſua poſſeſſione turbare velint. Si talis fuit ſcriptura inſtrumenti, de quo quæritur, & talis membrana, qualis nunc arguitur, ut ex ipſa inſpectione omnia hic nova videri debeant: Permirum nobis videtur (dicere enim liceat quod ſentimus) hæc tam manifeſta a dominis Aſſeſſoribus, qui nunc ſunt Ambergæ, tam cito obſervata eſſe: a ſuperioribus autem illis talibus & tam præſtantibus viris, quibus neque mens,

Digitized by Google

neque ſtudium inquirendi deerat, animadverti non potuiſſe, ſed res ita habet. Viderunt & illi non minus, quale eſset inſtrumentum, quod illis exhibebatur, ſed nihil tale deprehenderunt in ſcriptura aut membrana inſtrumenti, unde neceſſario colligi poſset inſtrumentum eſse falſum, ſicut qui nunc ſunt Aſſeſſores Ambergæ ſuperioribus rebus probari volunt.

Tertium argumentum de duabus faciebus, quibus continetur Inſtrumentum. Solutio.

OBiiciunt idem præterea inſtrumentum de quo agitur, non una facie membranæ comprehenſum, ſed ex utroque latere ſcriptum eſſe, hoc illi falſi quoque iudicium eſſe volunt, quia ſit factum contra communem Cancellariæ uſum. Atqui hoc idem viderunt & animadverterunt ſuperiores illi præſtantes viri, quos modo diximus, quorum tamen nemo illa ſcripturæ forma motus eſt, ut eo minus inſtrumento tribueret. Et recte ea re moti non ſunt adverſus inſtrumentum. Quid enim ad ſubſtantiam inſtrumenti pertinet, utrum in membrana, an in charta ſcriptum ſit, & in qua materia recipitur, utrum rei narratio una pagina contineatur, an duabus pluribuſve. Fiunt de rebus
7 ſcripturæ, ut quod actum eſt, per eas facilius probari poſſit, *L. 4. D. de fide inſtrument. L. 4. D. de pign.*

Sic autem per eas res poteſt probari, ſi vera ſit & ſincera rei geſtæ narratio. Nam ubi veritas abeſt, ibi ſcriptura nihil
8 agit, valetque plus quod actum eſt quam quod ſcriptum eſt, *L. 1. L. 3. L. 4. C. plus val. quod agit. quam quod ſimul. con.* Quapropter veritas rei ſeu vera narratio, res eſt, quæ ſubſtantiam iuſti inſtrumenti continet, ita ſit, ut dum quid vere narretur in inſtrumento, utrum id expediatur una facie membranæ, an duabus explicetur, nihil ad ſubſtantiam & fidem rei geſtæ pertineat: ac proinde utrum fiat nihil intereſt, neque de veritate rei geſtæ & probatione inſtrumenti quicquam mutet. Solent, fatemur, Notarii ut plurimum una facie inſtrumenta ſcribere, ſed an idcirco facere coguntur? Nulla vero lex reperietur, quæ id exigat & ſatis cauſſæ eſt cur non exigatur, eo quod ad ſubſtantiam inſtrumenti & fidem rei geſtæ id non pertinere modo oſtendimus. Quod ſi hic nulla neceſſitas iuris eſt, quæ una pagina rem complecti cogat: fateadum eſt utrum una pagina an duabus pluribuſve res ſcribatur, rem eſſe cuivis Notario & ſcriptori liberam: ut cum poſterius hoc ſecutus fuerit, non ideo putandus ſit ullo modo contra ius facere, multo minus eo colligatur, cum nihil prohibeat, quo minus hæc fiant & tamen qui faciat privatis de cauſſis adductus bona conſcientia & ſedulo faciat, contentus vera rerum narratione, & ſubſcriptionibus & ſignis adhibitis, ad fidem rei geſtæ adſtruendam uſitatis. Quæ cogitatio multum abeſt a falſi ſuſpicione. Quod ſi hæc ſine falſo eſſe poſſunt, non profecto ex his recte colligitur falſum, quod ab illis factis abeſſe potuit, iuxta illud vulgare dictum, quod & paulo ante retulimus: Non probat hoc eſſe, quod ab hoc contingit, ut abſit, ſumptum ex *d. L. neque natales, C. de prob.*

Atque hæc omnia de iure recte reſponſa ſunt. Quod ſi placet etiam in iſtis, quæ obiiciuntur indulgere ſuſpicionibus, & certare coniecturis incertis, nec quicquam firmi habentibus, non defugimus ne hanc quidem arenam, atque hoc contendimus ex ſuperioribus factis, quæ obiiciuntur, multo probabilius colligi bonam fidem ſcribentis, & mentem a falſi meditatione alienam, quam falſi machinationem probari. Scimus enim quo animo ſint, qui falſi aliquid in inſtrumento moliuntur, quia enim in falſo deprehendi metuunt, dant ſtudioſe omnem operam, ne qua ratione falſum ſuboleat, nec quicquam ſatis caute ſe agere putant, dum id agunt, ut ſuſpicionem falſi a ſe amoveant. Itaque quam accuratiſſime fieri poteſt curant, ut omnia ad veri imitationem compoſita eſſe videantur. Quid ergo hic faceret, qui falſum inſtrumentum illud legentibus probare conaretur, ſiquidem ſuperiora ad fidem inſtrumenti pertinerent? Primum quæreret membranam perveterem, quæ annos inſcriptos non ementiretur, aut curaret ita eam tractari, ut vetus videri poſset, quod factu facile fuit. Deinde imitaretur veteres characteres, quod non fuit difficile. Poſtremo totum inſtrumentum una parte ſcribendum curaret. Quid enim eo facilius? Nihil horum ille fecit, qui inſtrumentum conficiendum curavit. Profecto igitur nihil in his falſi metuit, & quia non curavit tegere, ne falſi quidem quidquam cogitaſſe exiſtimandus eſt. Hæc, inquam, ex ſuperioribus collectio eſſe debuit, ſiquidem coniecturis hic certaretur, non argumentis neceſſariis & iure certo. Nunc cum utroque modo obtineamus, nihil hic falſum

ſum admiſſum videri, & ſi ſuperiora quæ obiiciuntur ita eſſe, ut obiiciuntur concederemus, nihil eſt quod in his refutandis amplius laboremus. Itaque ad reliqua obiecta pergemus.

Quarti argumenti refutatio, de inconvenienti ſigillorum appenſione.

EX quibus illud eſt penultimum, quod dicunt iidem domini Aſſeſſores, ſigilla non iuſto ordine & legitimo modo eſſe inſtrumento ei, de quo agitur, appenſa. Quamvis enim nomen Marchionis primo loco ſcriptum ſit, quod nec idoneo nec legitimo titulo factum dicunt: tamen Palatini ſigillum primo loco poſitum eſt. Hic duo dicimus. Primum etſi ordinem horum ſigillorum inverſum eſſe concederemus, tamen nihil hoc ad ſubſtantiam rei geſtæ, ac proinde inſtrumenti pertinere, quoniam liceat convertere ordinem ſcripturæ & rei geſtæ; ut nihilominus valeat quod ſcriptum eſt, præterquam in filii exhereditati ſubſtitutione; quem placuit ita ſcribi oportere, ut pater ſibi prius heredem ſcribere debeat, deinde filio exheredato ſubſtituere, & non convertere ordinem ſcripturæ. Cæterum filio inſtituto, valere inſtitutionem, licet pater converſa ſcriptura filio teſtamentum fecerit, *L. 2. §. prius D. de vulg. & pup. ſubſt.* ſed maxime id obſervatur in ſignis, quæ inſtrumento teſtificandi gratia apponuntur, quorum unumquodque ut ſe obtulerit primum, ita primo loco ſubiicitur. Nam ordo ſignorum ad fidem augendam aut minuendam quid facit, dummodo ea ſigna adhibeantur, quæ oportet & quod oportet? Alterum eſt etiam quod hic reſpondeamus in inſtrumento, de quo agitur, ſigna dici poſſe converſo ordine poſita eſſe, & eadem rurſum poſita recto ordine, prout eſt ſcilicet ea facies membranæ, qua ſpectatur, ſi anteriorem eius faciem ſpectamus, ab ea parte ſigna dici poſſunt converſa, ſin ſpectamus poſteriorem cui ſigna ſubiecta ſunt, omnino reperientur ſigna recto ordine collocata. At hanc ſpectavit Notarius, cum in eam deſiit.

Quinti argumenti ſolutio, Sigilla pervetera; membranam recentiorem eſſe.

OBiiciunt poſtremo, quæ nihilo plus firmitatis habent ad inſtrumentum falſi arguendum, quam ſuperiora; expendunt ſigna ſeu ſigilla ei inſtrumento appenſa, in his ſpectari hæc vitia.

Primum ea pervetera eſſe, cum membrana inſtrumenti ſit multo recentior.

Secundo ligulas penſiles, ex quibus capſulæ ſignorum pendent, non fuiſſe per ceram ſigillorum traductas. Tertio ipſa ſigna per ſe vetuſta, fuiſſe quibuſdam in locis recenti cera illita. Faciamus hæc omnia vera eſſe, aut talia videri, quid eſt in his ex quo neceſſario colligatur inſtrumentum falſum exiſtimari debere. Atqui tales probationes in accuſatione falſi exigimus, quæ aperte & indubitate id convincunt, probationes denique luce meridiana clariores, ut eſt in *d. L. ultim. Cod. de probat.* Quales ergo ſunt illæ? Vix etiam in ſpeciem probabiles. Signa fuerunt vetuſta: Nempe, quia & inſtrumentum vetuſtum fuit, adfuerunt vetuſtiora quam membrana inſtrumenti? Negamus. Ita videri potuerunt, ſed non idcirco neceſſe eſt ita eſſe: quia cera non tam facile, nec tam diu colorem vel nitorem ſuum retinet, quam membrana: certe non quævis cera.

Non negamus interdum contra evenire, ut ceræ quædam magis adſcititium colorem retineant, quam nativum membrana, ſed quod aliquando fit, non continuo ſemper accidit. Ita qui ex eo, quod aliquid fit aliquando, colligit id ita perpetuo fieri; is & in ratione diſſerendi aperte labitur, & experientia ipſa rerum non minus aperte convincitur: idque ita eſſe, ut nunc dicimus, illuſtres illi & præſtantes viri, quos ſupra commemoravimus, qui & ipſi hoc inſtrumentum viderunt, & diligenter excuſſerunt, illi, inquam, iudicaſſe rem ita ſe habere, facile declararunt, qui inſtrumento lecto & explorato id comprobantes in eo acquieverunt.

Quod autem de ligulis penſilibus dicitur, quid ad probationem falſi pertinet? Non fuerunt illæ per ceram traiectæ, ſed tantum ceræ adiunctæ, ut cera his impoſita ligulis cohæreret. Concedamus ita eſſe, num ideo vitioſum aut falſum inſtrumentum? Neutrum. Id vitiat inſtrumentum, ſi quid ad ſubſtantiam eius pertinet, & id omiſſum eſt. Id falſum arguit, ſi, quod pertinet ad probatio-

nem & fidem certam, id dicitur emen-
titum: ut ſi falſa ſigilla, quæ Princi-
pis non erant, pro ſigillis Principis ap-
ponantur; at ut ligulæ traiiciantur per ce-
ram ad ſubſtantiam inſtrumenti nihil per-
tinet. Non enim in ligulis iſtis ſita eſt
probatio authentici inſtrumenti, ſed in
ſolis ſignis Principum, quæ ceræ impo-
nuntur; ut quandiu hæc apparebunt in-
ſtrumento appenſa, tamdiu certum ſit vim
& fidem publicam inſtrumento conſtare.
Quis ergo uſus harum ligularum? Non
alius, quam ut ceræ adiuncta ſigilla ſibi
devincta retineant: ut dici poſſit ſigilla
eſſe propria eius inſtrumenti, unde ligulæ
pendent & cui adhærent. Dum ergo hic
uſus retineatur, quocunque modo id fiat
ſatis eſt: atque duobus modis ea ſigna
per ligulas penſiles inſtrumento annecti
poſſunt ita ut ſigilla utroque modo ap-
penſa eſſe conſtet, vel ut ligulæ per ce-
ram traiectæ ſint, quo certius ſigilla hæ-
reant, vel ut ceræ ita adiungantur extrin-
ſecus, ut non minus a ligulis teneantur.
Quapropter utrum horum fiat ad proba-
tionem ſignorum inſtrumento concilian-
dam nihil intereſt.

De falſo in ſignis quæ rupta ſunt.

ATque hæc de vitio, quod obiici poſ-
ſet in ſignis. De falſo autem admiſ-
ſo in ſignis quid dicunt? Non negant ve-
ra eſſe ſigna, ſed ut ſignificent ſigna vi-
deri ex alio inſtrumento veteri tranſum-
pta, dicunt ſigilla fuiſſe pervetuſta, & ut
dolum in his agnoſcere liceat, dicunt ea
non fuiſſe integra, ſed quibuſdam in lo-
cis cera illita. Hic vero petimus officio-
ſe ab eorum amplitudine, ut, nobis li-
ceat ipſorum bona venia, quod ſentimus
hoc loco, dicere, comparatum non ad
cuiuſquam ſugillationem, ſed ad fidem con-
ſultationis ſuſceptæ neceſſarium. Referi-
mus igitur ex adverſo, cum vitium falſi
ſigillis integris ex facie eorum externa co-
gnoſci non ab omnibus poſſet, ut ipſi ſe
agnoviſſe dicunt, debuiſſe illos integra ſi-
gilla relinquere, & ea ad iudicium futu-
rum reſervare, ut Mendeliis iura ſua ſibi
vendicantibus inſtrumentum apud iudicem
proferretur; ibi de falſo eius publice co-
gnoſceretur ſervata defenſione ſua his ad
quos inſtrumentum pertinebat. Nunc cum
domini iudices hoc ſibi ſumpſerint, ut ſi-
gna reſignarent, eaque corrumperent, li-
bere dicimus, revera non aliam vim id
habere, quam ut Mendeliis probatio, quæ
ex eo inſtrumento parata erat, adimere-
tur. Facilius enim falſum cognoſci potuit
ſignis integris, quam ruptis. Integra enim
ſeipſa oſtendunt qualia ſint: His ruptis
non poteſt intelligi, qualia prius fuerint:
ita quæ probatio poterat eſſe Gabrieli
Mendello ſignis integris, corruptis ea adi-
mitur, ſiquidem ex ſolis corruptis indi-
cium fieri oporteat. Nam in ruptis mutari
priſtinam faciem quis ignorat. Quod cum
facto dominorum iudicum acciderit: iure
contendimus id Mendelio nocere non de-
bere, ſed his potius a quibus id factum
natum eſt. Certa enim & rata iuris prin-
cipia ſunt hæc: Alteri per alterum non 10
debere iniquam conditionem inferri, *L.
non debet alteri D. de regul. iur.* Item
factum cuique ſuum, non adverſario no-
cere debere, *L. factum cuique D. eod.*

Dicent ſe iure & ex officio feciſſe,
quod ſigna ita aperuerint, ut quid eſſet
etiam interni vitii ad tuendum ius Prin-
cipis cognoſceretur. Nos iterum officioſe
petimus, ut benigne & placide accipiant,
quod pro iuſta defenſione afferimus. Pu-
tamus vero non modo illos ex officio ſu-
perius non feciſſe, ſed plane contra of-
ficium, non ſine certa iniuria Mendelii,
cui inſtrumentum, ut prius fuerat, reddi
non poteſt. Nam qui ruperunt: aut fe-
cerunt tanquam partes nomine Principis,
aut tanquam iudices: ſi tanquam partes,
fecerunt adverſus ius manifeſtum & o-
mnem æquitatis rationem, ut in cauſa
ſua invito adverſario ius ſibi dicerent:
de quo ita cautum eſt in *L. unica, Cod.
ne quis in ſua cauſſa.* Generali lege decer- 11
nimus, neminem ſibi eſſe iudicem, vel
ſibi ius dicere debere. In re enim propria
iniquum admodum eſt alicui poteſtatem
tribuere ſententiæ. Ergo iniquum multo
magis cuiquam in re ſua ius tribuere exe-
cutionis, quod hi ſibi ſumpſerunt, qui
ruperunt ſigna, ut ea aperirent. Nec eo
minus cauſſa & res eorum putanda eſt,
quod principale commodum huius cauſſæ
ad principem pertinet, cuius res procu-
rant; ipſorum enim cauſſa eſſe cœpit pro
officio adminiſtrationis, poſtquam eam in
ſe ſuſceperunt, & Principis nomine agunt;
ſic enim omiſſæ recte defenſionis incom-
modum, res bene geſta & laus admini-
ſtrationis, & incommodi vitatio ad eos
pertinet. Propriam autem cauſſam cuiuſ- 12
que definimus eam, cuius commodum aut
incommodum ad aliquem ſuo nomine per-
tinet. *L. 1. §. in propria D. quando ap-
pel. ſit.* Nec intereſt, utrum pertineat
principaliter, an per conſequentiam of-
ficii adminiſtrationis ſuſceptæ. Unde cau-
tum

13 tum eſt, ut nec patroni in cauſſa, cui patrocinium præſtant aut præſtiterunt, teſtimonium dicant, placetque in executionibus negociorum idem obſervandum. *L. ult. D. de teſtib.* Non alia id quidem de cauſſa, quam quod cauſſæ actio ad eorum exiſtimationem pertinet, ne videantur malam cauſſam ſuſcepiſſe, aut falſum teſtimonium ei tribuiſſe, in quo res eorum agitur. Nullus autem in re ſua idoneus teſtis,
14 *L. nullus D. de teſtib.* multo minus idoneus iudex. *L. Iulianus ait*, 17. *D. de iudic.* Quod ſi tanquam iudices ſigna ruperunt: fateri cogentur ſe hic multo magis
15 adverſus officium iudicum feciſſe. Eſt enim iudicis in quavis lite, nedum in cauſſa gravi, qualis eſt hæc, in qua quæſtio falſi vertitur, non incipere ab executione, ut hic factum eſt: ſed cauſſam cognoſcere diligenter prius; partes, ad quas res pertinet, audire; his cauſſæ agendæ, & ſui defendendi poteſtatem facere: ſic denique cauſſa cognita de re pronunciare & iudicare. *L. 1. C. de exec. rei iud. L. neg. Cod. de oblig. & act. L. iudices. C. de iudic.* Qui ſecus facit, is & lædit officium boni iudicis, & adverſus formam atque ordinem iudiciorum committens, incidit in eas conſtitutiones quæ huiuſmodi iudicia & ſententias nullius momenti eſſe iubent, etiamſi iudicarit Præſes provinciæ. *L. prolatam C. de ſent. & inter.* Quod cum ita ſit, iure videtur Gabriel Mendelius adverſus eos, qui ſigna inſtrumenti ſui ruperunt, ſic agere poſſe. Reddite domini inſtrumentum meum integrum quale bona fide a me exhibitum, a me accepiſtis: Reddite ſigna integra, ut prius, ac deinde de falſo, ſi videtur, apud idoneos iudices cognoſcatur, apud quos ſit mihi inſtrumenti defendendi copia. Quod ſi integra reddere non poteſtis, nolite factum veſtrum ad iniuriam noſtram convertere, ſed potius id vobis noceat, atque hoc modo inſtrumentum in ſuo ſtatu maneat, donec de falſo aliter probaveritis. Hæc, inquam, in hac cauſſa Mendelii petitio honeſta & iuſta eſſe poſſe & debere nobis videtur. Primum, quia ut iam diximus, non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, & factum cuique ſuum non adverſario nocere debet, *d. L. factum cuique D. de reg. iur.* Deinde, quia omnium conſenſu receptum eſt, ſemper ſtandum eſſe inſtrumento, præſertim publico, niſi contra probetur, qualem probationem in ſuperioribus nullam eſſe ſatis oſtendiſſe videmur.

Tranſitio ad alteram partem propoſitionis, videlicet præſcriptionem longiſſimi temporis.

Atque hæc de conceſſione ſuperiorum iurium a nobis dicta ſunt, quæ ut concederemus nulla eſſe, quod non concedimus: Tamen eſt altera eorum omnium acquirendorum cauſſa, quam nulla res poteſt Gabrieli Mendelio eripere. Ea eſt præſcriptio longiſſimi temporis, de qua iam dicemus. Poſſederunt Mendelii iura ea, de quibus agitur per innumeros annos, amplius quam centum. Proinde per id tempus cuius initium dicatur excedere hominum memoriam, aut ſi quid dicere volumus, quod certo & liquido affirmare poteſt: uſus eſt Gabriel Mendelius iſtarum rerum iure amplius quam per triginta annos continenter & ſine interruptione, iuſto titulo præcedente & bona fide, ſcientibus etiam & conſentientibus Illuſtriſſimis Principibus, ad quos ea res pertinebat: quæ omnia in quem concurrunt, nemo dubitat, quin is rem ita poſſeſſam, quanvis longo ſolum tempore poſſeſſam, præſcriptione longi temporis ſuam faciat. Quanto igitur magis hoc ius Mendelius, qui id longiſſimo tempore, nempe ultra triginta annos poſſedit: Sed de his diſtinctius paulo & ſeparatim agemus.

In uſucapione duo hæc ſpectanda ſunt: 16
Res quæ uſucapitur, & uſucapiendi modus. Res de quibus hic agitur, ſunt ea iura, quæ commemoravimus, res nimirum incorporales. Certi iuris eſt, ut res corporales uſucapi & præſcriptione longi temporis acquiri poſſunt, ſic poſſe & incorporales, ut uſumfructum, uſum, & ſervitutes prædiorum, *L. ult. C. de præſ. long. temp. L. ſi quis diutur. D. ſi ſervit. vind. L. 1. L. 2. Cod. de ſer. & aq.* poſſunt igitur & iura ſuperiora. Nec quidquam hac de re mutat, quod hæc iura Principum ſunt: Nam non eo minus privata eſſe Principum, ex eo poteſt intelligi, quod ab illis vendi & honoris cauſſa in alium transferri poſſunt. Quod ſi his modis alienari poſſunt, poſſunt & adverſus eum uſucapi, quia alienationis ſpecies eſt uſucapio, *L. alienationis, D. de verb. ſig.*

Iam uſucapiendi modus hic eſt legibus certis definitus, ut poſſidendo quiſque rem immobilem aut rem corporalem eam uſu ſuam faciat, ſeu præſcriptione longi temporis acquirat, ſi eam rem poſſederit, ſi poſſederit per ſtatutum tempus, id eſt, decem annos inter præſentes, & viginti

inter

Digitized by Google

inter abſentes, ſi poſſederit per tot annos continenter, & ſine interruptione, ſi iuſto titulo præcedente & bona fide; ius de uſucapione, & longi temporis præſcriptione comprehenſum dilucide, *Inſt. de uſuc.* in princip. *L. omnia*, *C. de uſucap. transfer. L.* 2. *L. ſup. C. de præſc. long. temp.* Nihil ex his omnibus reperietur deeſſe Gabrieli Mendelio ad iuſtam & plenam iurium ſuperiorum, de quibus agitur, præſcriptionem. Quæritur in his poſſeſſio. Hanc Mendeliis omnes, ut putamus, concedunt. Certe conſtat uſos eos ſuperioribus rebus aſſidue, tanquam ad ſe pertinentibus per annos innumeros, ſcientibus adeo atque patientibus his principibus, ad quos res pertinebat: de quo tamen ne dubitetur, mox amplius probabitur. Nunc ſatis eſt intelligi, ſi ſuperiore omni iure tanquam ad ſe pertinente uſi ſunt: eos iura ea poſſediſſe, quo modo huiuſmodi res poſſideri ad iuſtam præſcriptionem poſſunt. Vere enim poſſideri res incorporales non poſſunt, cum cerni & tangi non poſſint, eoque nec proprie uſucapi *L. ſervus*, *§. incorporales*, *D. de adquir. rer. dom. L.* 3. in princ. *D. de adquir. poſſ. L. ſervitutes*, *D. de ſervit.* At uſus earum pro poſſeſſione eſt, *L. ult. D. de ſervit. L.* in fin. *D. de ſerv. ruſtic. præd.* Quæ res facit, ut quemadmodum quaſi poſſidentur, ita longo uſu & longa quaſi poſſeſſione acquirantur, *L. ſi quis diuturno*, *D. ſi ſer. vind.* Reſtat ergo ut de hoc uſu & longa quaſi poſſeſſione cognoſcamus, & ſimul cum hoc uſu diuturnitatem & continuationem eius poſſeſſionis coniungamus; quæ omnia eadem probatione continentur.

Explicat actus complures, quibus probatur poſſeſſio, & longiſſimi temporis præſcriptio.

Usi vero ſunt Mendelii ſuis illis iuribus ultra centum annos, & hic ipſe Gabriel Mendelius uſus eſt per longiſſimum tempus triginta annorum, & eo amplius, quod ſolum nunc urgebimus. Libenter enim omittimus in præſentia dicere univerſos Mendelios in poſſeſſione huius iuris fuiſſe amplius quam centum annos. Quia etſi vere hoc dici poteſt habet tamen difficiliorem indagationem & probationem, qua nihil neceſſe eſt nunc iudicium onerare. Tantum hoc ſumemus quod minus abeſt a memoria noſtra, & nihilominus æque valet ad præſcriptionem; certis autem & evidentibus teſtimoniis tenetur. Dicimus inquam Gabrielem Mendelium amplius quam triginta annos ſuperioribus iuribus tanquam ſuis libere uſum eſſe, nec vi nec clam, nec precario, non modo ſcientibus iis Principibus ad quos res pertinebat, ſed etiam conſentientibus & ius Mendeliorum tale eſſe agnoſcentibus, idque his rebus demonſtratur.

Primum vivunt adhuc honeſti homines teſtes idonei, quorum alii 80. annum, alii 70. exceſſerunt, qui teſtari poſſunt Gabrielem Mendelium etiam ante triginta annos in poſſeſſione & exercitio ſuperiorum iurium fuiſſe.

Secundo anno 1527. Comites Palatini Otto Henricus & Philippus fratres, ad quos dominatus Parckſtein pertinebat, a Leonhardo Kreckendörffer ſcriba provinciali Weidenſium, per literas certiores fieri voluerunt, quo iure Gabriel Mendelius in poſſeſſione, & exercitio venationis ſit. Agnoſcunt ergo iam tum Illuſtriſſimi Principes Mendelium fuiſſe in poſſeſſione eius iuris, etſi dubitant, iure id uſurparet Mendelius an iniuria, ac de ea poſſeſſione nunc quæritur, quo iure autem poſſederit, poſt dicemus. Ad ſuperius mandatum reſpondit ſcriba quod magis hanc poſſeſſionem atque uſum confirmaret: Nempe Mendeliorum maiores in hoc loco venatum iviſſe, & ſemper feras cepiſſe eodem modo, quo etiam præfectus in Parckſtein eo iure uteretur. An autem hoc exercitium certo iure & privilegio aliquo, an conſuetudine tantum & longo uſu obtinuerint, ſe neſcire.

Non ita multo poſt, Anno 1532. Georgius Landgravius in Läuchtenbegr clementer petit per literas a Fabiano & Hyeronimo Mendeliis dent operam ut gallos ſylveſtres, bonoſas, perdices, & huius generis aves alias ad feſtum Paſchatis habere poſſit: venandi ſcilicet ius illis tribuens, quo illos uti ſciebat; alioqui non rogaturus ſibi ab illis mitti, quod illos præſtare non poſſe non ignoraret.

Secutus eſt annus 1555. quo Anno Mendeliis fratribus adhuc in communione beneficiorum iuris & poſſeſſionis rerum manentibus, Præfecti dominatus Parckſtein litem illis de iure venationis movere cœperunt, quo tempore Wolfgangus Comes Palatinus, tum vice dominus Ambergæ, partes ſuas interpoſuit ut litem componeret. Quam ad rem cum ſtatuiſſet de iure Mendeliorum cognoſcere, oblatæ ſunt ei eædem illæ literæ, de quibus eſt controverſia. Quibus lectis, ſtatim curavit eas

red-

Digitized by Google

reddi Mendeliis, & iuſſit his ſignificari abunde ſibi eſſe ſatisfactum, nec vel ſe pati ut amplius illi in ſua poſſeſſione turbentur. Quo confirmavit non tantum ius venationis, de quo mota lis erat, ſed etiam reliqua iura Mendelii, quæ eodem inſtrumento continentur.

Ecce etiam anno 1557. Conſiliarii & Aſſeſſores Electoralis Regiminis Ambergenſis Iudici provinciali in Parckſtein, in hanc ſententiam ſcribunt: poſtquam Privilegia Mendeliorum in originalibus recognoverint, mandare ſe ſerio ne Præfecti provinciales vim faciant, quo minus Mendelii iuribus ſuis libere utantur, ut & antea uſi ſunt.

Etiam anno inſequenti poſt, qui fuit annus 1558. ab eodem Regimine per D. Chriſtophorum Iacobum a Plaſſenberg Iudicem provincialem, & Iohannem Steinhauſern. Quæſtorem Ambergenſem ſignificatum eſt idem Conſiliariis Neoburgenſibus Sultzbachi in, hanc ſententiam, ſe nomine Electoris cauſſa cognita privilegia Mendeliorum, & inter cætera poſſeſſionem & exercitium venationis ut iuſta approbaſſe, rogare ſe Neoburgenſes, nequid contra Decretum maturo conſilio datum movere, aut Mendelios in ſua poſſeſſione turbare velint, ab eo tempore Gabriel Mendelius in ſua poſſeſſione ſine cuiuſquam interpellatione manſit ad annum uſque qui proxime præceſſit, ideſt ad annum 1588. intra quod ſpatium, ut facile eſt annos numerare, interceſſerunt amplius quam triginta anni.

Acceſſit ad hæc omnia anno 1564. tranſactio certa facta inter Gabrielem Mendelium & fratres ac patrueles eius ad redemptionem prædii Steinfels, & ius in id ſuccedendi pertinens, qua declaratur Gabrielem Mendelium in poſſeſſione & exercitio ſuperiorum iurium fuiſſe, quæ omnia iura ſpecialiter commemorata ſunt in venditione eius prædii, quæ inter eos intervenerat anno 1558. & præterea in alia quadam tranſactione inter Hyeronimum & Fabianum interpoſita anno 1532. Hæ autem tranſactiones & venditio ſuperior iudicio & conſenſu ac publico etiam teſtimonio a Conſiliariis Ambergenſibus per omnia comprobatæ, & appoſito ſigillo Principis ad futuram memoriam & cautionem teſtatæ ſunt anno 1564.

Etiam anno 1588. amplius Mendeliis eadem poſſeſſio præcedentium annorum non ſolum agnita, ſed etiam confirmata eſt ab his, a quibus maxime debuit ac potuit. Nam & Fridericus Comes Palatinus in Salicetis Mendelio iuris venandi controverſiam facere inſtituit. Sed ut primum illuſtriſſimus Princeps literas illas ipſas, de quibus domini Aſſeſſores Ambergenſes nunc litem monent, & alias de iure Mendeliorum legit & cognovit, in his acquieſcens, ſtatim Mendeliis reſtituendas curavit.

Quæ cum tam aperta, tamque illuſtria & tantorum virorum de eadem re teſtimonia ſint, neminem dubitaturum arbitramur, quin Mendeliorum poſſeſſio, & ea plus quam longiſſimi temporis, eademque continua in iuribus ſuperioribus, de quibus agitur, abunde atque adeo ſupra quam ſatis eſt, probata ſit.

Defenſio tituli bonæ fidei poſſeſſionis, quæ in præſcriptione requiruntur.

QUod ſupereſt de titulo & bona fide Gabrielis Mendelii in præſcriptione ſuperiorum iurium acquirenda videamus. Titulum huius poſſeſſionis idoneum domini Aſſeſſores requirunt. Hic duo reſpondemus. Primum contendimus in hac præſcriptione, de qua agitur, titulo opus non eſſe, neque hic rem incerti iuris dicimus. Nam illud omnium interpretum conſenſu receptum eſt, cum de re incorporali in iure conſiſtente, per uſum & longam poſſeſſionem acquirenda agitur, titulum præcedentem ad præſcriptionem non requiri, dummodo qui uſus eſt, nec vi, nec clam, nec precario uſus ſit, id eſt dum ſciente eo, ad quem res pertinet, & patiente ſit uſus. De qua ſententia ne dubitemus, ea multis locis diſerte teſtata, ut *L. ſi quis diuturno, D. ſi ſervit. vindicat. L. 1. §. ultim. D. de aqu. plu. arc. L. 1. L. 2. C. de ſer. & aqua.* ſunt hi quidem loci de ſervitute per uſum acquirenda ſcripti, ſed cur ad alias res incorporales eodem modo acquirendas non pertineant, ratio reddi non poteſt. Pertinebunt igitur, ut in quibus cauſſis eadem ratio eſt, in his idem ius ſtatuatur, *L. a Titio. 108. D. de verb. obl. L. illud. D. ad L. Aquil.* Quo admiſſo ſatis Mendelius ſine ullo alio titulo in iuribus ſuperioribus acquirendis ſua illa poſſeſſione quam diximus, defenditur; quippe qui eo iure uſus ſit, non modo non clam his principibus aut Conſiliariis & Iudicibus Principum ad quos ea iura, aut eorum cura pertinebat; ſed etiam uſus ſit, & ſcientibus omnibus, & palam atque aperte conſentientibus & approbantibus; atque hæc ita ſunt, etſi de præ-

Digitized by Google

præſcriptione longi temporis tantum ageretur. Nunc autem agitur de præſcriptione longiſſimi temporis 30. annorum; in quo genere conſtitutiones notæ ſunt, quæ vetant titulum aut bonam fidem requiri, ſed poſſeſſionem ipſam tam diuturnam pro omni titulo & defenſione eſſe volunt: hæ ſunt, *L. ſicut, C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annor.* Verumtamen, nequid hic adverſarii deſiderent, auctarii vice hoc addemus, etiam iuſtum titulum poſſeſſionis Mendelio ad præſcriptionem ſuperiorum iurium abunde ſuppetere. Quem igitur? titulum, Pro herede, quem iam olim nactus Mendelius, exinde amplius, quam per 30. annos in poſſeſſione horum iurium perſtitit. Quod ut intelligatur, ſubiicienda eſt nobis animo ea definitio, quæ de hoc titulo extat, *in L.* 3. *D. pro hered.* Ea ſic habet; plerique putaverunt, ſi heres ſum, & putem rem aliquam ex hereditate eſſe quæ non ſit; poſſe me uſucapere. De qua ſententia ne quis ut ancipiti dubitet, ſic reputet apud ſe non alium iuſtiorem titulum eſſe rerum acquirendarum, quam titulum pro herede, ſi quis modo vere ſit heres. Nam heres ſimul atque heres factus eſt, ſuccedit in omne ius defuncti, ac non tantum in dominium rerum hereditariarum, *L. heres in omne, D. de acquir. her. L. cum hæredes. D. de acquir. poſſ.* Quibus igitur in rebus acquirendis hic titulus iuſtus eſt? nempe in hereditariis ut ſtatim heredi acquirantur. In non hereditariis autem, quæ hereditariæ putantur, aut quæ ſtatim acquiri non potuerunt, præſtat in his uſucapiendi conditionem, ſicut accidit in omnibus rebus ex aliqua iuſta cauſſa traditis, *L. clavibus, D. de contrah. empt.* Atqui Gabriel Mendelius maiorum ſuorum vere eſt heres, quorum in hereditate invenit iura ſuperiora, quæ maiorum eſſe ac proinde eſſe hereditaria putavit. Eſto igitur non fuerint maiorum, eoque nec hereditaria; tamen eiuſmodi erunt, ut quia tanquam hereditaria poſſeſſa ſunt, uſucapi & longo tempore acquiri potuerint iuſto titulo præcedente pro hærede. Eſt ſane interdum cum dicatur pro herede poſſidere, qui contrario modo poſſidet, id eſt, qui cum hæres non ſit, poſſideat rem vere hereditariam quaſi heres, quomodo accipitur in petitione hereditatis: cum ea petitio dicitur dari vero heredi adverſus eum, qui pro herede prove poſſeſsore poſſidet, *L. regulariter*, 9. *L. pro herede.* 11. *D. de her. pet.* Quo ſenſu recte dicitur pro herede uſucapionem locum non habere, *L.* 1. *L.* 3. *C. pro her.* ut enim pro donato, pro legato, pro dote uſucapi nihil poteſt, ubi vere donatio, legatum, aut dos nulla eſt. *L. Celſ. D. de uſur. & uſucap.* ita nec pro herede quiſquam, ubi vero heres non eſt. Nunc de eo qui vere eſt, loquimur, & rem non hereditariam tanquam hereditariam poſſidet. Quod Gabrieli Mendelio in his iuribus accidit: iuſto igitur titulo hæc iura ille poſsedit, unde & ita poſseſsa uſu acquiſiit.

Quod ad bonam fidem eius attinet, quam in uſu horum iurium requirimus, etſi ea in præſcriptione longiſſimi temporis 30. annorum non requiritur, *d. L. ſicut, L. omnes, C. de præſcr.* 30. *vel* 40. *anno.* tamen ut concederemus requiri, non ideo eſſet quod in ea probanda valde laboremus, propterea quod iure ita receptum ſit ut nemo qui ſe dicit bona fide poſſediſſe ſeu putaſſe rem ad ſe pertinere id probare cogatur. Nam alioqui quomodo de ſenſu animi interiore & nulli noto niſi Deo, & ipſi qui dicit, poſſit docere aut ullis argumentis perſuadere ſe vero putaſse quæ dicit? Sed ab adverſario qui dicit, rem non bona fide poſseſſam, probatio huius obiectionis exigitur. Prius diſerte probatur in *L. pen. C. de evict.* Poſterius probari intelligimus eo quod dicitur, ab eo qui dolo dicit factum aliquid licet in exceptione, dolum probari debere, *L. quoties*, §. 1. *D. de prob.* Nam qui dicit poſſeſſorem mala fide poſſediſſe, nihil aliud dicit quam poſſediſſe eum dolo, cum ſciret rem ad eum non pertinere. Omninoque hæc idem valent: Poſſidere rem, quam ſcias ad te non pertinere, id eſt, mala fide; & poſſidere dolo malo, *L. ſed etſi lege.* §. 1. §. *de eo.* §. *ſi ante. D. de hered. pet.* Sed ne hic quoque quicquam dubii relinquatur, quod ſuſpicione malæ fidei vel tenui Mendelium aſpergat, quam multa occurrunt in hac cauſſa, quæ bonam fidem eius arguant. Heres eſt maiorum ſuorum, quos noverat longa annorum ſerie ſuperioribus rebus & privilegiis ſuo iure uſos eſſe: quid aliud exiſtimare potuit, quam & ſe in hoc ius ſucceſſiſſe? Confirmarunt eum efficaciſſime in ea opinione inſtrumenta, quæ ſuperiora iura maioribus conſtituerunt. Demus falſa eſſe. At vera eſſe exiſtimavit, cum a maioribus accepiſſet; nec quicquam haberet, cur deberet falſa eſſe ſuſpicari. Qui enim 17
in alterius locum ſuccedunt, iuſtam habent ignorantiæ cauſſam. *L. qui in alterius. D. de reg. iur.*

Acceſ-

Acceſſerunt extrinſecus iudicia Illuſtriſſimorum Principum & aliorum præſtantium virorum tot & tam multa, quibus ſententia ſua iura illa confirmarunt & quidem cauſſa cognita. Hanc ipſam etiam bonam fidem non ſemel factis ſuis fratres declararunt. Primum in diviſione bonorum paternorum quæ inter Iohannem, Hieronymum & Fabianum eorumque ſorores facta eſt anno 1513. Qui inter ſe ita bona diviſerunt; ut reliquis bonis æqualiter inter eos diviſis, ſorores omnem muliebrem ornatum, fratres omnis generis arma & retia, atque omnia venatoria inſtrumenta ſibi haberent, quod certe facturi fratres non erant, ſi de iure venandi dubitaſſent, ne forte quandoque poſtea iterum omnium inſtrumentorum ad venationem pertinentium damnum ſentirent, iure venandi adempto.

Secuta eſt etiam deinde tranſactio inter Hieronymum & Fabianum Mendelios anno 1535. quæ eamdem bonam fidem fratrum in hoc iure declararet. Nam illi tranſactione inita ita inter ſe caverunt, ut ſinguli venatoria inſtrumenta pro dimidia parte haberent, his uterentur & fruerentur: quæ utique homines niſi in re quam ſuam putent, facere non ſolent.

Quæ cum ita ſe habeant: apparet verum eſſe, quod ſupra diximus, omnia in hac cauſſa concurrere, quæ præſcriptionem iurium ſuperiorum Gabrieli Mendelio prolixe tribuant; iura hæc ita illius faciant, ut quamvis omnis alia conceſſio & omnis alia acquirendi cauſsa deeſset: tamen abunde præſcriptio hæc ſufficiat quo & iure ea poſſidens ſibi defendat, & amittens adverſus quoſcunque turbatores & poſseſsores iure optimo perſequi & vindicare poſſit.

Diſputat, Utrum nocere poſſit Mendelio, uſus huius inſtrumenti, etiamſi falſum.

Niſi forte hoc illi adhuc obſtare in hac cauſſa quis exiſtimat, quod inſtrumento eo uſus eſt, quod falſum a dominis Aſſeſſoribus eſſe dicitur. Nam & de eo conſulti ſumus: nos vero hic quicquam Mendelio obſtare poſſe aut debere non putamus. Obeſſe ei inſtrumentum ſuperius poſſet, ſi duo concurrerent, ut & inſtrumentum falſum eſſet, & qui utitur, ſciens, non per errorem falſo uteretur. Alterum ſi deeſt: non poteſt nocere. Illud quidem expeditum eſt, non poſſe inſtrumentum nocere, ut falſum quod falſum non ſit: ſed hoc amplius, etiam illud certi iuris eſt, etſi inſtrumentum proponatur, ſi quis tamen per errorem eo utatur, quaſi verum ſit, cum nihil aliud de falſo compertum habeat, ſolum hunc uſum impunitum eſſe, nec crimine falſi teneri. *L. Divus*, 31. in fin. *D. ad leg. Cornel. de falſ. leg. nec exemplum. C. eod.* quod & Bartolus recte ſcripſit ad legem. *Si adverſarius, C. de fid. inſtrum.* Atqui in hac cauſsa neque falſum inſtrumentum eſt, quo Mendelius utitur, nec ſi falſum inſtrumentum ſit: dolo malo utitur eo, ſed per iuſtiſſimum errorem, falſum non eſse inſtrumentum tam diu neceſse eſt videri, quamdiu falſum non probetur. Illud enim principium ſemper tenebimus. Tamdiu inſtrumento ſtandum, donec contra probetur, *L. cum precibus, C. de probat.*

Porro nihil afferri, quo falſum eſse doceatur, ſatis ſupra demonſtraſse videmur: quo fit ut etiam nunc tanquam verum non tanquam falſum haberi debeat. De errore autem & bona fide Mendelii in uſu eius inſtrumenti, quanvis quis falſi id eſse concederet, quis eſt qui poſſit dubitare? Accepit, ut diximus, Gabriel Mendelius id inſtrumentum a maioribus, quia in hereditate & bonis eorum reperit. Quomodo ſcire poſſit inſtrumentum eſse falſum, qui uti in facto alieno, iuſtum nec ne ſit, iuſtam ignorantiæ cauſsam habet, *L. qui in alter. D. de reg. iur.* quas vero & quantas cauſsas habet, cur verum inſtrumentum eſse exiſtimat? Recognoverunt hoc inſtrumentum Illuſtriſſimi Principis ſapientes in Republica viri, & hi ad quos non minus cognoſcendi cura pertinebat, quam ad dominos Aſseſsores Ambergenſes, qui nunc ſunt. Omnes inſtrumento lecto & cognito, non modo id tanquam falſum non reiecerunt, ſed etiam ut verum comprobarunt.

Miramur Gabrielem Mendelium exiſtimaſſe verum eſſe inſtrumentum, quod tam multi & tales etiam in re aliena verum eſſe, cauſſa etiam cognita & quidem adverſus ſe iudicarunt? Denique an inſtrumentum falſum ſit nec ne res facti eſt: & ſi quis in eo errat, in facto errat. Certum eſt autem nemini facti ignorantiam niſi ſupinam nocere, *L. pen. in pri. L. 4. L. 6. D. de iuris & facti. igno.* Nempe, quia facta & eorum interpretatio ita eſt, ut etſi 18
vera ſint, tamen prudentiſſimos fallant, *L. 2. D. de iur. & fact. ignor.* Vel in

hac ipſa cauſſa quid acciderit Illuſtriſſimis Principibus & prudentiſſimis atque in negociis civilibus exercitatiſſimis iuris videmus qui cum inſtrumentum, de quo agitur, cognoſcendum ſuſcepiſſent, ac pro fide & religione debita, quam diligentiſſime excuſſiſſent & cognoviſſent; non modo in eo nihil falſi deprehenderunt, quo inſtrumentum reiicerent, ſed omnes ſententia ſua inſtrumentum comprobarunt. Quod ſi prudentiſſimos & in Republica maxime verſatos viros vitium illud falſi, ſi quod eſt, fugit; quanto minus mirum eſſe debet, ſi idem fefellit Gabrielem Mendelium hominem neque iſtarum rerum peritum, & a rebus ac negociis forenſibus longe alieniſſimum.

Concludunt DD. Mendelio inconcuſſa manere debere iura ſupradicta ob cauſſas allegatas.

MAneant igitur Mendelio inconcuſſa iura, de quibus quæritur, quæ tot modis ad eum pertinere iure tam evidenter probatur. Neque huic noceat eius inſtrumenti uſus quod neque falſum probatur: etſi falſum eſſet, non tamen eius malam fidem arguit, qui tam multas cauſſas habet non ſolum, cur id falſum eſſe ignoret, ſed etiam cur verum eſse exiſtimet, nempe illas confirmationes Principum & conſiliariorum, inſtrumenta venditionum & tranſactionum inter Mendelios interpoſitarum, quæ ſuperiorum iurium & privilegiorum diſertam enumerationem habent, eorumque exercitium Mendeliis tribuunt, neque ea tanquam privatæ ſcripturæ, ſed tanquam ea quæ omnia iudicio & ſententia Regiminis Ambergenſis ſint confirmata & teſtata.

CLA-

CLARISSIMO ET EXCELLENTISSIMO IURISCONSULTO

D. HUGONI DONELLO

LEGUM IN ACADEMIA ALTORFIANA PROFESSORI PRIMARIO.

Conſules Norimbergenſes,

S.

Clariſſime & ornatiſſime vir, Ambigitur in conſilio noſtro de firmitate ſeu robore teſtamenti cuiuſdam, ab homine extraneo & forenſi facti, qui nullo nec civitatis iure nec alia quavis ratione nobis ſubiectus erat, & facti quidem non ſecundum præſcripta iuris communis, ſed ſecundum ius ſpeciale & privilegiatum civitatis noſtræ: Et de appellatione ad conſilium noſtrum interpoſita a ſententia iudiciali pro confirmatione teſtamenti illins lata. Utrum ea de iure admitti poſſit aut debeat, necne: quemadmodum de facti ſpecie, Excellentia tna ex pagella hiſce incluſa prolixins cognoſcet: Qua de re cum diverſæ Inriſperitorum noſtrorum ſint opiniones, tnæ quoqne Excellentiæ ſententiam ntpote cui præ cæteris merito ſtandum exiſtimemns, ſuper hac quæſtione ſciſcitari operæ pretium diximus. Itaque ab Excellentia tua etiam atque etiam petimus, nt quid ſibi de quæſtione propoſita rectum, iurique conſentaneum eſſe videtur, benigne oſtendat. In eo rem fecerit Excellentia tua nobis apprime gratam, & omni viciſſim ſtudio ac benevolentia erga excellentiam tuam promerendam. Data 19. Octobr. Anno. 88.

Facti ſpecies de qua conſultus D. Hugo Donellus.

Quidam hic Norimbergæ condidit ſuum teſtamentum, qni neque civis neqne incola neque iuriſdictioni huius civitatis quoad munera vel alia quavis ratione ſubiectus, ſed omnino extraneus & forenſis fuit, & quidem caſu huc veniens ſanus corpore, neque ulla præcipiti circumventus neceſſitate, quæ moram non pateretur. Idqne teſtamentnm non ſecundum ius commune coram ſeptem teſtibus, ſed ſecundum ius ſpeciale, & quidem privilegiatum huius civitatis proprium; quodque perſonaliter de civibus & incolis tantum loquitur; & dnobus teſtibns ex numero conſilii maioris huius civitatis adhibitis, contra diſpoſitionem iuris communis contentum eſt; ita tamen ut liberum cuique permittat etiam ſecundum ius commune, ſi cui ita viſum fuerit, teſtari. Hoc itaque teſtamentum, conditum coram duobus teſtibus contra ins commune ſecundum ius ſpeciale & privilegiatum huius civitatis in perſonas civium Incolarum directum, cuius tenor infra ſubiicitur, in iudicium vocatur & de nullitate impeditur ex iſtis rationibus.

I. Quia ſtatutum loquens in perſonam non comprehendit non ſubditum & forenſem: ſicut enim ſtatuta non comprehendunt forenſes ut illis noceant: ita neque ut illis proſint.

II. Quia & alias beneficia & privilegia ſtatutorum non extenduntur ad forenſes. Et pro iſta quidem ſententia; quod ſit juri conſona profert actor duarum celebrium Academiarum Lipſenſis ſcilicet & Ingolſtadienſis, duo conſilia deciſiva, quæ ambo contra teſtamentum pronunciant, præſuppoſito ſcilicet civitatis huius iure ſpeciali & privilegiato & in perſonam directo. Sed his non attentis Iudices primæ inſtantiæ contrarium & pro teſtamento pronunciarunt. Ab iſta ſententia appellatur ad Senatum.

Quæſtio igitur eſt de appellatione recipienda, vel non.

Quod ſi appellatio reiiciatur, periculum eſt, ne cauſſa ad Cameram devolvatur non ſine magno præiudicio Senatus, qui hactenus id operam dedit, ne lites ad tertiam inſtantiam excurrerent.

HUGO-

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
RESPONSUM
AD
AMPLISSIMOS DOMINOS
CONSULES SENATUMQUE NORIMBERGENSEM

De quæſtione ab ipſorum amplitudine propoſita.

TEſtamentum non ſecundum formam iuris communis factum ab eo, qui nec civis Norimbergenſis erat, nec incola, quanvis ſecundum formam iuris Norimbergæ recepti, & civibus atque incolis eius civitatis ſpecialiter & privilegio conceſſi factum ſit, quin iure non valeat, dubitare non oportet. Teſtandi enim facultas non ut cuique teſtari viſum eſt, libera conceſſa eſt, ſed certis legibus & certa forma adſlricta. Hanc formam mutare, & in eo iuri publico derogare nulli permiſſum. Cautum diſerte in *L. teſtandi*, 13. *C. de teſtam.* Idipſum plane quod Papinianus intelligi voluit, cum definit teſtamenti factionem non privati, ſed publici iuris eſſe, *L.* 3. *D. Qui teſtam. fac. poſſ.* Hoc enim ſentit, ſi id quod de teſtamenti factione iure cautum eſt, privati iuris eſſet, id eſt, privati cuiuſque cauſſa non iuſſum, ſed permiſſum: potuiſſe unumquemque privatum ei renunciare & eo iure non uti, ut eſt lex omnium eorum, quæ pro nobis ſolum introducta ſunt, *L. pen. C. de pact. L. ſi iudex D. de minoribus*. Nunc cum teſtamenti factio ſit publici iuris, eveniet quod ſupra dixi de iis, quæ de hac factione iure cauta ſunt, ut ab his recedere non liceat, quia hæ ſententiæ iuris ratæ ſunt: Iuri publico a privatis derogari non poſſe: Ius publicum privatorum voluntate mutari non poſſe: Legibus non eſſe refragandum: quæ omnes unum & idem exprimunt, *d. L. teſtandi C. de teſtam. L. ius publicum D. de pact. L. quod bonis* 15. *§.* 1. *D. ad L. Falc.* Nihil in propoſito caſu adverſus ius comune iuvat teſtatorem ſtatutum Norimbergenſe quo forma teſtandi iure communi quibuſdam remittitur. Remittitur enim nominatim & ſpecialiter civibus & incolis Norimbergensibus. is autem de quo quæritur, proponitur non fuiſſe unquam civis Norimbergensis aut incola. Nihil igitur ſtatutum ad eum, aut ad alios ullos extraneos pertinet. Neque hic exquisitis ad eam rem probandam, aut longe petitis argumentis opus eſt, multoque minus hic inducenda de vi & interpretatione ſtatutorum, beneficiorum, privilegiorum non neceſſaria quæſtio. Una ſententia iuris certi omnem dubitationem hic eximet, ut quanvis fateremur, ſtatutum Norimbergenſe ſuperius legem eſſe publicam, & partem iuris communis: tamen intelligamus eam legem de iure publico & communi, quid remittentem ad alias perſonas non pertinere, quam quæ nominatim ea lege comprehenſæ ſunt. Sic enim ius eſt de legibus poſterioribus, etiam si sint principis & generales ac publicæ: Quicquid poſteriore lege ius vetus innovante ſpecialiter expreſſum non eſt, id veterum legum conſtitutionumque regulis relictum intelligi debere traditum in *L. præcipimus, C. de appellat.* Eſto igitur dicat aliquis, leges ad similes cauſſas & ad alias perſonas, in quibus eadem ratio ſit, porrigi debere: ut definitio eſt, *L. neque leges*, & trium ſequentium, *D. de legib.* In promptu ſemper erit reſponſio, id ad poſteriores leges prioribus derogantes non pertinere ex ſententia illa ſuperiore. Et merito: nam cum lex prior

in omnibus ſuis partibus per ſe conſtiterit, nec, niſi abrogetur, deſinat: neceſſe eſt, quibus in rebus aut perſonis nominatim abrogata non eſt, in his omnibus eam manentem ſuam vim & auctoritatem veterem tenere. Sed id tum maxime & ſine ulla hæſitatione reſpondebimus, cum poſterior lex ſcripta erit contra rationem & formam iuris communis, quale eſt ſuperius ſtatutum Norimbergenſe. Hic enim certi iuris regula traditur. Quod contra rationem iuris receptum eſt, non eſſe producendum ad conſequentias, *L. 14. quod vero, D. de legib.* Quare ſi prior iudex pro eo teſtamento, de quo quæritur, tanquam iure facto ſententiam tulit, male iudicavit. Quam ob cauſſam iure ab ea ſententia eſt appellatum. Quod ſi eſt, recte atque ordine facient Ampliſſimi domini Conſules & ſenatus Norimbergenſis, ad quos appellatum eſt, ſi appellationem recipient, quam etiamſi iniuſte appellatum eſſet dum de eo aperte non conſtaret, in re dubia admittere debuerunt *L.* 1. in prin. *D. de appellat.* Nec ſolum appellationem recipient ut de ea cognoſcant, ſed etiam, cum talem eſſe cognoverint qualem dixi, non dubitabunt eam confirmantes pronunciare id quod faciendum eſſe in eiuſmodi re ius præſcribit, iuſte nimirum appellatum eſſe, male iudicatum *L. ees* in pr. *C. de appellat.*

Hugo Donellus reſpondi, ſcripſi Altorfii mea manu 23. Octob. CIƆ.IƆ.LXXXVIII.

Poſt Scripta.

UT quis in numero civium Norimbergenſium non habeatur, nihil intereſt utrum nunquam civis Norimbergenſis fuerit, an cum civis fuiſſet poſtea eſſe deſierit, ut de cive Romano traditum eſt *in §. Cum autem, Inſt. Quib. mod. ius pat. poteſt. ſolv.* Quare ſi is de cuius teſtamento agitur, civis Norimbergenſis eſſe deſiit atque eo ſtatu perſonæ fuit, cum teſtamentum fecit: nihilo plus illi prodeſſe poteſt ad ius teſtandi civem Norimbergenſem aliquando fuiſſe, quam ſi numquam antea fuiſſet. Atque is proponitur civitati Norimbergenſi multo ante teſtamentum factum ſolemniter renunciaſſe, eaque renunciatio more & inſtituto civitatis publice recepta eſſe: eo renunciationis huius effectu ut maioribus & legi civitatis qui ita renunciavit pro cive amplius non habeatur. Non dubium igitur, quin qui ita renunciavit, idem & in numero civium eſſe desierit, et si eodem ſtatu teſtamentum fecerit, non magis teſtamentum valeat, in quo civem Norimbergenſem exigimus, quam si nunquam civis fuiſſet, ut sic teſtamenti factio non ex eo tempore, quod anteceſſit, ſed ex tempore teſtamenti facti in teſtatore ſpectetur, ut in teſtamentis obſervatur, *§. præterea*, & deinceps toto titulo *Inſtitution. Quibus non eſt permiſſum facere teſtament.*

ALBE-

Digitized by Google

ALBERICUS GENTILIS

S. D.

HUGONI DONELLO

IURISCONSULTO CLARISSIMO.

AUt vinci pudorem a neceſſitate oportet: aut is homo ridiculus eſt, qui vim verecundiæ minus facere poteſt. Cur enim ita non exordiar? Ut neſcio quis in hunc uſque diem pudor me, Clariſſime Donelle, tenuit, quominus, quod cupiebam tamdiu maxime, literas aliquas ad te darem, captandæ ſcilicet amicitiæ tuæ gratia: ita nunc pudorem frangit penitus (nec me invito) difficultas quædam, qua irretitus ſic teneor, ut omnino ſit mihi neceſse, aut tuum auxilium implorare: aut inepte, vel in ignorantiæ tenebris iacere, vel miris torqueri modis; dum multos dies nequsquam contendo, ſi ipſe me ab ea moleſtia liberare poſſim. Ac quidem (ne te multis morer) id eſt, quod me nunc ſollicitum habet. Nulla mihi verior, iam annos quatuordecim in iure verſanti, viſa eſt ſententia ex iis, quæ a noſtratibus controvertuntur: quam receptior illa, ut verbis coniunctus re coniuncto præferatur. Nimis enim videtur in eam rem aperta *L. re coniuncti.* & nimis huius legis verba contaminantur ab iis, quiqui ſint, qui Iohannis, & antiquiorum opinionem ſequuntur (de quibus apud te dicere, opus non eſt) & a Iaſone, aliiſque abunde ſunt confutati. Sed & Bartolus, & qui etiamnum a partibus eius gloſsatoris manent, vel invitis hominis ſententiam tenendam aiunt, pares hoſce coniunctos facientis: idque adeo propter unam *L. Mævio, D. de legat.* 2. Quid tu, Donelle eruditiſſime? Ego a Paulo rem iſtam & ex profeſso, & plenius *in d. L. re coniuncti*, tractante, ne latum quidem unguem diſcedere ob Iavolenum poſsum. Et (ut tibi, qui ſim, fatear) in ea ſum opinione conſtitutus, nullas eſse in iure noſtro antinomias. Quid ergo? ſatisfactum cuperem Iavoleno, ac Pauli ſimul illam deciſionem manere, qua verbis coniunctum facit altero ſuperiorem. Huic deſiderio meo nullus ex tanto interpretum numero, quos vidi, nec tantillum præſtat. Et adii, opinor, omnes, quorum ſuppeditat copiam Anglia, facto ab gloſsariis ipſis initio, uſque ad Iohannem, ſed & Alciatum præterea, &, qui te Doctoratus inſignibus ornavit, Duarenum. Nam quid facilius, quam omnium dictata, commentave iuſtis quidem argumentis refutare? Age, obſecro te, vir humaniſſime, poſtquam libri te tui, multorum ſermones, Scipionis fratris mei, auditoris tui literæ, Iuriſconſultum eximium clamant, & eximia præditum humanitate conteſtantur, age, exime me ex iſta ſalebra. Quod nullum ego non tentem modum, quo me inde expediam: id ſane, aut contrarium facit, aut iuvat omnino nihil. Suſpicabar, falſas illas eſse interpretum traditiones, quibus docemur, coniunctos verbis hos dici, qui verbo uno ſint in oratione copulati: & arbitrabar potius eos eſse, qui non tantum verbo uno, ſed eadem oratione vocati ſic eſsent, ut, ſi eorum aliquis ſubmoveretur, verba inepta relinquerentur, & oratio tota vitioſa. Collegi eam definitionem ab exemplo poſito in ipſa *L. re coniuncti*, ex quo ſi alterum nominatorum amoveo, inſulſam hanc relinquo orationem: TITIO FUNDUM ÆQUIS PARTIBUS LEGO. Confirmabar in ea deliberatione, quoniam *verbis*, non *verbo* coniunctos viderim hos appellari. Accedebat quod re coniunctorum Paulus definitionem tradiderit: verbis autem coniuncto-

rum

rum exemplum poſuerit ſolum, ut ſignificare voluiſse viſus ſit mihi, exemplum illud definitionem alterius coniunctionis referre poſse. His ita quasi conſtitutis, verbis coniunctionem in *L. Mævio*, eſse, iam iam negare incipiebam, quia, sive Seium, sive Mævium tollerem ex ea oratione, aptiſſima nihilominus maneret oratio, atque ſententia; incipiebam credere, Mævium, & Seium re eſse coniunctos. Etenim & aliquam adeſse coniunctionem oporteat, ubi de iure agitur adcreſcendi; & ſeparatim honorati ſolent dici (quod ibi ſit), qui iſta coniunctione ſociantur. Ita tum totam poteram belle componere: cum ecce contra irruere iſta video: Quomodo re coniuncti ſunt illi, quibus non eadem pars, ſed altera, atque altera, sive singulis dimidia legata eſt? Si habent ab initio partes, non eas sibi concurſu faciunt? Et, si iſti ſunt ibi re coniuncti, quidni multo magis illi, quibus res eadem æquis partibus data eſt? Hæreo: adhuc tamen me commonebam. Rem eamdem datam utrique volui, quia Mævii pars sic in parte fuerit Seii, & contra; ut nec ille, nec iſte poſſit vel unam glebam, vel atomum sibi propriam in eo fundo adſerere, confuſa penitus unius in alterius portione. Quod & ratio dictat, & Bartolus ſcribit in §. *duobus*, *D. eod. Cap.* Advocabam hnc Q. Mutii opinionem dicentis, appellatione partis rem pro indiviſo ſignificari; atque ita pro indiviſo fundum illis legatum credebam; & ad partes has conſtituendas, quæ re coniunctionem impedirent, tam partium non nominationem non ſufficere in *L. Mævio*; quod figura tantum illæ partes eſsent: non vi ac poteſtate. Nec enim tertium firmum eſse, plane in animum inducere potui. Nam qui, re pro indiviſo relicta, si verba deinde illa adiiciat, ÆQUIS PARTIBUS, is videtur omnino voluiſse rem indiviſam dividere ex altera Servii opinione. Quid enim aliud voluiſse poteſt? Addebam quod, si re coniunctionem iſto caſu etiam admiſiſsent auctores, nulla ſupereſſet in toto iure verbis coniunctio; ſed mixta altera eſſet, altera realis; & illud quidem de mixta inerudite diceretur, ſi non daremus ſeparatam alteram, & ſimplicem ſpeciem coniunctionis, id eſt verbis. Poſtremo ſic ratiocinabar. Re coniunctio perit, admixta expreſſa verbis coniunctione, quia illa ſane fuerit infirmior, utpote quam per argumenta elici, neceſſe ſit, & coniecturas. Nam quod idem Titio, & idem Seio debeatur, non aliter quidem cognoſcimus, niſi quoniam partes nullas poſſumus conſiderare, vel invenire, quæ non ſint utriuſque pariter communes. Quid mirum itaque, ſi, ſimul manente expreſſa verbis coniunctione, nullius eſt altera conſiderationis, aut momenti? Admixta pereunt ſatis multa, quæ ſola manere potuiſſent. Et ita pereat igitur re coniunctio admixta verbis coniunctioni in exemplo *L. re coniuncti*; & maneat, quæ ſola ſtat in ſpecie *L. Mævio*. Abſolvi autem ineptias meas. (Nam quo alio hæc nomine appellem, quæ nec placere poſſunt auctori ſuo?): ſed cauſſam antea veriſſimam expoſui, cur voluerim & iſta adſcribere, ut plane me in hac quæſtione hærere, intelligeres, tuamque opem atque explicationem magis elicerem. Quod te facturum pro ſingulari illa tua doctrina, atque humanitate, certo confido. Ex eo quidem tantus amori, & obſervantiæ in te meæ cumulus accedet, quantus maximus eſſe poteſt. Quod ſi quid viciſſim hic in Anglia, tua cauſſa poſſum, enixe abs te peto, ut velis tantum quid valeam, ſignificare.

Hoc ſatis fuiſſe, re ipſa cognoſces. Vale.

Oxonii. v. Id. Febr. MDLXXXIII.

HUGO DONELLUS
ALBERICO GENTILI
IURISCONSULTO DOCTISSIMO
S. D.

QUæcunque tibi occaſio eſſe potuit ad me ſcribendi, Alberice Gentilis doctiſſime, non potuerunt literæ tuæ, cum a te, atque ab iſto animo eſſent, non eſſe gratiſſimæ. Fuerunt certe tales apud me, non ſolum quod viro docto, & ingenioſo, &, quod ad commendationem præcipue valet, brevitatis amante dignæ viſæ ſunt: ſed etiam quod teſtes eſſent benevolentiæ tuæ erga me: benevolentiæ tanto iucundioris, quanto nullis meritis meis provocata, proclivior tam procul in te extitiſſet. Quam quia tam amanter ſignificas, ſtudebo, eam pari benevolentia, & paribus ſtudiis tueri, & augere. Quando autem per hanc a me petis, ut de quæſtione, quam propoſuiſti, ſententiam meam ad te perſcriberem; idque, ut in quæſtione difficili, & quæ te angit, tam ardenter facis: non tam indignus ſim illa benevolentia, quam nomine hominis, ſi paulo plus otii nactus, hoc, quidquid eſt, otii tibi denegarem. Optaſſem, coram de re tota licuiſſet inter nos conferre. Scio enim, cum quædam dixero, quæ mihi vera videantur, tibi homini erudito, & in rebus pernoſcendis, ut adparet, non oſcitanti, ſed cum cura, & fide verſanti, multa occurrere poſſe, quæ ſcrupulum moveant, quæ cum eveniant inter abſentes, non poteſt his litera reſpondere. Verumtamen quando ita urges, & res tantopere ad voluntatem tuam pertinet, malui in eo reſponſo certitudinem, quam officium meum abs te requiri. Cognovi diligenter, non ſolum quid ſit, de quo me conſulis, ſed etiam quam non ſit de nihilo, cur in eo hæreas. De quo ut reſpondeam, principio ita tecum ſtatuo (quæ nobis cum omnibus doctis viris, & non omnino ineptis interpretibus communis fere ſententia eſt), nihil eſſe verius, quam verbis coniunctum in portione coniuncti deficiente, cæteris, cum heredibus, tum legatariis, qui ad eamdem rem vocati ſunt, eſſe potiorem. Recte in ea ſententia cum ſe tibi habeant alia omnia, non eſt neceſſe apud te attingere, quæ tu non requiris. Unum reſponſum Iavoleni, quod contra vulgo citari ſolet, anxium te habet *L. Mævio, D. de legat.* 2. in quo hoc dici vulgo putatur, verbis coniunctum in portione coniuncti deficiente non ſolum admitti, ſed una cum eo etiam eum, qui re tantum coniunctus eſt; ita etiam cæteris in ea portione non eſſe potiorem. Sic autem verba ſunt; *Mævio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego. Si Seius deceſſerit, pars eius utrique adcreſcit:* id eſt, non Mævio tantum, ſed etiam Titio, quem conſtat, cum prioribus duobus; non verbis, ſed re tantum coniunctum fuiſſe. Nos vero ne dubitemus, nihil hic eſſe contrarium ſuperiori ſententiæ. Eſſet aliquid, & quidem maxime, ſi Mævius & Seius in ea ſpecie eſſent verbis coniuncti. Nunc autem non ſunt. Hoc quidem diſerte de his Iavolenus ſcribit. Ait enim, in toto eo legato ſeparatim & partes fundi, & totum fundum legatum eſſe. Scimus autem, eos, quibus ſeparatim legatur eadem res, non alios eſſe, quam quos dicimus re coniunctos. *L. re coniuncti, D. de legat.* 3. Sunt ergo iſti, ſententia ipſa Iavoleni, re coniuncti, non verbis; ut non ſit mirum, cum Mævio, qui ex his unus eſt, etiam alios re coniunctos ad portionem deficientem admitti. Et tamen, ut de eo ſtatui poſſit certius, intelligaturque nihil huc non recte reſpondiſſe Iavolenum, aut parum

rum aliorum veterum ſententiis de coniunctis, & iure adcreſcendi convenienter; conſtituenda eſt nobis verbis coniunctorum definitio. Ea rem omnem facile expediet. Sciamus, verbis coniunctos non eſſe eos, quos una oratio coniungit, ſeu quibus una oratione legatur aliquid, ſive fiat uno verbo communi, ſive pluribus; ſed quibus eadem oratione legatur res eadem, eaque ſemel, & in commune ambobus, hoc tamen adiecto, ut dicat teſtator, *ex æquis partibus*; ſive ut iubeat, eos æquas inde partes habere. Ne legetur duobus res una, ſed ſingulis res diverſæ; quanvis eadem oratione id fiat: conſtat nullo modo eſſe coniunctos, eoque nec coniunctos verbis. Ac de eo inter omnes convenit. Veluti, *Titio, & Mævio ſingulos ſervos do, lego*, aut *Titio Stichum, & Mævio Pamphilum do lego. L. huiuſmodi, §. 1. D. de legat.* 1. Non eſt ſatis eandem rem legatam eſſe duobus; ſed & ſemel, & in commune his legatum eſſe oportet, ut fiant verbis coniuncti, ſive eos re, & verbis, ſive verbis tantum coniunctos eſſe volemus. Itaque erunt iſti re, & verbis coniuncti, ſi, nullis expreſſis partibus, teſtator ita leget: *Seio, & Mævio fundum Tuſculanum do lego*. Erunt iidem coniuncti tantum verbis, ut nunc coniunctos vocamus, ſi teſtator, adiectis partibus, ita dicat: *Seio, & Mævio fundum Tuſculanum ex æquis partibus do lego*. Hoc ſentio in his, qui ſunt coniuncti verbis tantum, partes quidem æquas eiuſdem rei teſtatorem appellare debere, quas dicat ſe tribuere ſingulis iſtis: ſed nihil agere ad hanc coniunctionem, niſi prius iſtis ambobus ſimul, & ſemel idem ſundus coniunctim legatus ſit ſolidus, cuius deinde partes inter ipſos exprimat. Meminerimus enim, illam ſententiam Celſi eſſe veriſſimam, & ad omnes coniunctos pertinere: Toties ius adcreſcendi eſſe (non eſt autem, niſi inter coniunctos) quoties in duobus, qui in ſolidum habuerunt, concurſu diviſus eſt, ſive ſit diviſus tacita ſententia teſtatoris, ſive teſtator poſtea hanc diviſionem iniungeret. *L.* 3. in princip. *D. de uſufr. adcr.* Nec aliam ſignificationem habet, quod dicitur in *§. ſi eadem, Inſt. de legat.* Ius adcreſcendi eſſe, cum duobus res eadem, id eſt res una ſolida legata eſt, ſive coniunctim id fiat, ſive diſiunctim. Ex hac definitione de propoſita ſpecie iudicetur. Teſtator ita legavit: *Mævio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam do lego*. Ex ſuperiore definitione, aut hi non ſunt omnino coniuncti; aut ſunt re tantum coniuncti, non verbis. Si teſtator duas dimidias intellexit, non ſunt iſti coniuncti omnino, quibus partes diviſæ, id eſt res alia, atque alia ſingulis, non eadem duobus legata eſt. Si eandem dimidiam: non poſſunt hi dici coniuncti, quorum ſingulis eadem res, id eſt eadem dimidia ſeparatim, non ſemel, & ſimul ambobus legata eſt, idque non appellatis eius dimidiæ partibus. Et, rogo, quid intereſt, utrum ita legetur: *Mævio fundum Tuſculanum do lego, Seio fundum Tuſculanum do lego*: an vero ita: *Mævio fundum Tuſculanum, Seio eundem fundum do lego?* Nam & hic in Mævii legato neceſſario ſubaudiendum eſt verbum, *lego* quod utrum exprimatur, an intelligatur, ad ſententiam teſtatoris, & ſpeciem legati nihil intereſt. Atqui tale eſt hoc legatum; *Mævio fundi partem dimidiam. Seio partem dimidiam lego*, ſi modo eandem dimidiam hic intelligimus, & volumus iſtos inter ſe eſſe coniunctos; ſic igitur illi inter ſe, ſunt coniuncti, verbis non ſunt. Hic iam ad illa tua venio, ex quibus te non explicas. Nam quomodo, inquis, re coniuncti ſunt illi, ſi non eadem pars, ſed altera, atque altera legata eſt? ſi habent ab initio partes, non eas ſibi concurſu faciunt? Recte quæris, & omnino tecum ſentio, ac ſuperioribus conſequens eſt, non futuros iſtos coniunctos, nec tales, inter quos ſit ius adcreſcendi; ſi his duæ dimidiæ legatæ ſint, id eſt res diverſæ ſingulis, non ambobus una, & eadem dimidia. Quod futurum eſſet, ſi hi tantum eſſent legatarii, nec præterea Titio fundus legatus. Non enim quia ſunt illæ indiviſæ, & inter ſe confuſæ partes, eo minus ſunt diverſæ, quarum una poteſt eſſe unius, & altera alterius. *L. 5. D. de ſtip. ſerv.* Et ideo ſi quis duos tales ſolos proponat, quales dixi, putem, deficiente Seio, eius partem non ad collegatarium, ſed ad heredem pertinere. Aliter atque in duobus heredibus, quorum unus inſtitutus ſit ex dimidia parte, alter ex altera dimidia. *L. Iulianus* in pr. & §. 1. *D. de her. inſtit.* Quoniam conditio hereditatis non patitur, ut ſi quis ſolus ſit ex teſtamento heres, eiuſdem hereditatis partem habere poſſit, alteram non habere. *L. un. §. in his itaque, C. de cad. toll.* Quod non item recipitur in legatis. In quo genere nihil prohibet, fundi hereditarii partem dimidiam alicui legari, ut nihilominus altera dimidia maneat apud heredem. Quid ergo eſt? Ego te iſtis obiectionibus uno verbo libero. Non eſt in propoſita ſpecie Mævio & Seio

alte-

altera atque altera dimidia pars legata, ſed una ambobus atque eadem dimidia. Ideo vere ſunt coniuncti, quibus eadem res legata eſt; & coniuncti re, quibus non coniunctim, & ſemel eadem dimidia legata eſt, ſed ſeparatim ſingulis; puta Mævio dimidia, & ſeparatim, atque iterum Seio eadem dimidia, idque non expreſſis eius dimidiæ partibus æquis, ut hoc quidem conſtet, si his una dimidia relicta eſt, quidvis potius eſſe, quam verbis coniunctos. Ex quo etiam ſequitur, ut non habeant iſti ab initio rei ſibi legatæ partes, quod metuebatur: ſed eas concurſu ſibi ſaciant. Tantum quæſtio huc redit, an videatur iſtis legari eadem dimidia, cum appareat ſingulis legatam eſſe dimidiam: conſtat autem, in omni toto duas eſſe diverſas dimidias. Et ſane, ſi ſoli eſſent iſti legatarii, negari non poſſet, Singulas dimidias ſingulis eſſe legatas, id eſt duobus duas. Sed, cum teſtator proponitur, eumdem ſundum totum legaſſe Titio, efficit huius legati adiectio, ut prioribus duobus una intelligatur tantum dimidia legata eſſe, non duæ. Nam, ſi duas his dederis, habebunt totum fundum, eoque nihil ad Titium pertinebit. Certum eſt autem Titio utiliter relictum. Neque vero hoc aliter fit, quam ſi prioribus unam dimidiam datam interpretemur, quo Titius habeat ſaltem alteram dimidiam. Prioribus igitur una dimidia data eſt, non duæ. Id, de quo quærebatur. Congruit *L. cum quæſtio*, *C. de legat.* Quo poſito, sic legatum ſuperius accipietur, quasi Mævius, & Seius sint in unam dimidiam inter ſe re coniuncti; Titius autem cum his, & hi cum Titio ideo re coniuncti in eamdem dimidiam; quia, cui totus ſundus legatus eſt, ei utique & eadem dimidia legata eſt, cum verbo, *totius*, ambæ dimidiæ ſunt ei legatæ. Similiter ut in uſuſructu coniunctos eſſe dicimus, quorum uni fundus, alteri uſusfructus legatus eſt, *L. ſi alii*, *D. de uſufr. legat.* Nec nos moveat quod Iavolenus partes legatas eſſe dicat, non partem. Verbis enim, duæ dimidiæ legatæ, (quia duæ ſunt nominatæ, & repetitæ in ſingulorum Mævii & Seii perſona, ac totidem futuræ erant, si in horum perſona teſtator conſtitiſſet): re autem vera una tantum dimidia his legata, cum altera dimidia, per totius fundi legatum, data sit Titio. Habes reſponſum noſtrum de propoſita quæſtione, quod cum totum ab animo amico profectum eſſe ſtatueris, ut eſt, mihi perſuaſi, te quidquid hic officii noſtri eſt, æqui bonique conſulturum. Vale.

Lugduni Batav. v. April. ut in his locis nunc numeramus. M. D. LXXXIII.

Clariſſ. Viro, Alberico

Gentili IC.

Oxonium.

F I N I S.

598121

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google